UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA

LIBERTÉ INDIVIDUELLE

DANS

LE PROCÈS PÉNAL

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Franck DUVOISIN-MAZORIE

AVOCAT

MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

—

1903

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

Faculté de Droit

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Gide, professeur d'Économie politique, en congé.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Barde, professeur de Droit constitutionnel.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

Margat, professeur de Droit civil.

Perreau, professeur de Droit civil approfondi.

Moye, agrégé, chargé des cours de Droit international.

Rist, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique et du cours d'Histoire des doctrines économiques.

Porte, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

Grangé, secrétaire.

Laurens, professeur honoraire.

Giraud, secrétaire honoraire.

Membres du Jury :

MM. Laborde, *président.*
Charmont, } *assesseurs.*
Moye, }

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DANS LE PROCÈS PÉNAL

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Franck DUVOISIN-MAZORIE

AVOCAT

MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et quai du Verdanson

1903

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545824_0010

LA

LIBERTÉ INDIVIDUELLE

DANS

LE PROCÈS PÉNAL

INTRODUCTION

Rechercher la liberté individuelle dans le procès pénal, c'est étudier les phases diverses du conflit éternel entre la liberté et l'autorité ; c'est décrire la lutte entre les droits antagonistes de l'individu et ceux de l'État.

L'homme n'a pas été créé pour vivre isolément. La société est son état naturel, son besoin, son devoir et, sans elle, il ne pourrait accomplir sa destinée en ce monde. Or, si toute vie sociale impose corrélativement des devoirs à chacun des membres de la collectivité, il faut reconnaître pourtant que l'individu ne s'y absorbe pas d'une façon complète. Sa liberté, tout en ayant pour limite la liberté de ses semblables, n'en existe pas moins d'une vie propre dans laquelle elle peut s'épanouir. « L'individu doit gouverner cette partie de la vie qui intéresse princi-

palement l'individu, et la société cette partie qui intéresse principalement la société. Un homme est maître et souverain pour toute la portion de conduite qui ne regarde que lui. Il est soumis à la souveraineté sociale pour la portion de conduite qui regarde les autres. » (1)

Ainsi, il faut admettre l'existence de deux sphères d'influences indépendantes l'une de l'autre : celle de l'État, qui règle les intérêts communs de la société : défense nationale, ordre public, sécurité des biens et des personnes, et celle de l'individu dont il reste maître et qu'il est libre d'ordonner selon sa volonté.

Dans tous les temps et dans tous les pays, les peuples ont vivement revendiqué la liberté individuelle comme leur idéal le plus précieux. Avec un soin jaloux, ils se sont efforcés d'arracher à l'État le droit de disposer librement de leur personne et d'obtenir protection contre toute arrestation arbitraire. Dans le cours de l'histoire, l'individu a pris conscience de la valeur de sa personnalité ; à notre époque, il veut qu'on la respecte et revendique hautement la liberté de ses actes.

« La liberté des particuliers, écrivait Mirabeau, est la base de la liberté publique et la principale fin de tout gouvernement équitable..... Le pouvoir de satisfaire nos besoins dépend absolument de notre propriété personnelle, c'est-à-dire de la liberté complète d'employer nos forces, notre temps et nos moyens à la recherche de ce qui nous est utile. La propriété personnelle est donc notre premier droit,

(1) Stuart Mill, *in* Dupont-White.

comme notre premier devoir est de la conserver et de la défendre. »

M. Bruneau-Beaumier, dans son rapport au corps législatif sur les articles 114 et 122 du Code pénal, s'exprimait en ces termes : « La jouissance de la liberté individuelle est pour l'homme vivant en société le premier de tous les biens, celui dont la conservation importe le plus essentiellement à son bonheur. »

Si l'État, représentant la collectivité, dépositaire de la force publique, est gardien respectueux de la liberté individuelle de ses membres ; si l'individu, dans sa teneur et son esprit, exécute toujours scrupuleusement la loi, tout sera pour le mieux dans la meilleure des sociétés et les droits respectifs de chacun se développeront parallèlement dans l'intérêt de tous. Mais, de même qu'un grain de sable introduit dans les rouages d'une machine peut en contrarier le fonctionnement normal et en arrêter la marche si on ne l'expulse au plus tôt, de même l'infraction, par le mauvais exemple qu'elle cause, par le scandale qui éclate, par le préjudice qu'elle produit, peut porter un trouble considérable à la vie publique et à l'extension de ses institutions. C'est à l'État collectivité qu'il appartient de réprimer les perturbations qui nuisent au fonctionnement de son organisme. Le péril est incessant, donc plus dangereux, et l'exemple peut provoquer la contagion. Or, tous les auteurs reconnaissent que la société est lésée par le dommage d'un de ses membres et que la nécessité sociale lui donne le droit, lui impose même le devoir, de défendre les personnes et les biens de ceux qui la composent.

Mais, le principe admis, il faut le réglementer. L'État, dépositaire des forces de la nation, est porté, par une tendance toute naturelle, à sacrifier l'intérêt particulier à l'intérêt général, et, si on ne limite la défense de la collectivité à une défense légitime, au sens le plus strict du mot, l'individu sera fatalement écrasé dans cette lutte à armes inégales.

Les législations modernes ont confié la poursuite des faits répressifs à des fonctionnaires ou magistrats qui, devant les divers tribunaux, l'exercent au nom de la société. « Nous avons, disait Montesquieu, une loi admirable, c'est celle qui veut que le prince établi pour faire exécuter des lois prépose, dans chaque tribunal, un officier pour poursuivre en son nom tous les crimes. » (1) Or, il est certain que, chargés par l'État de faire régner la sécurité et d'assurer la justice, ces officiers ne sauraient accomplir leur mission sans posséder des prérogatives qui viendront s'opposer à la liberté des individus qu'ils sont chargés de poursuivre.

C'est ce dualisme d'intérêts qui fait la difficulté de la question. L'État et l'individu sont en présence ; leur antagonisme est constant. Personne ne veut sacrifier l'un à l'autre, et l'effort incessant des jurisconsultes et des penseurs s'est porté sur la solution de ce problème.

Dans la pratique, il est fort difficile, en effet, de découvrir le « criterium » qui consiste à concilier, en matière de répression, les deux principes essentiels au développement de l'ordre social. La balance

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, livre VI, chap. VIII.

doit équilibrer exactement les droits de l'individu et les droits de l'État ; car tous ont des droits égaux à la vie. Donc, la société doit être suffisamment puissante et armée contre les criminels qui lui déclarent la guerre ; mais l'honnête homme doit pouvoir épuiser son droit à la liberté individuelle, sans avoir rien à craindre de la collectivité qui lui doit protection.

« Ce qu'il faut proclamer d'abord, écrit M. Larnaude, c'est que l'individu a aujourd'hui un droit véritable, un droit proprement dit de liberté. Cette liberté se dresse en face de l'État, et l'individu a le droit absolu de la faire respecter. Il y a là, sans doute, un droit moins ancien que celui de propriété, mais il n'en est pas moins précieux, s'il ne l'est pas davantage. L'individu ne doit donc pas, dans le procès pénal, être, comme à certaines époques, une masse inerte que le juge manipule et pétrit à son gré. L'individu a un droit, et il faut, par suite, qu'il ait la faculté légale de le faire respecter lui-même ; il faut qu'on mette à sa disposition les armes nécessaires pour le défendre ou le faire valoir.....

» ... Le droit de propriété, c'est le bloc de roche dure qu'on ne peut, pour ainsi dire, pas entamer. C'est, vous me permettrez la comparaison, le vieux chêne à la puissante ramure, au bois dur comme du fer. La liberté individuelle, c'est, au contraire, une plante fragile, aux fleurs délicates, qu'on peut flétrir rien qu'en les effleurant, et flétrir pour toujours ! Il faut l'entourer de barrières protectrices, il lui faut une protection toute particulière. » (1)

(1) Bull. de la Soc. gén. des pris., *Rev. pénit.*, 1901, p. 187.

Si le premier devoir de l'État consiste à reconnaître chez l'individu un véritable droit à la liberté, ses efforts doivent donc tendre à la protéger chez tous ses nationaux. Pour ce faire, le véritable souci d'une nation vraiment forte sera de convaincre ses magistrats, mandataires chargés des poursuites, que la répression, exercée dans l'intérêt de tous, comporte dans une large mesure le respect de l'individu, surtout dans un pays où le suffrage universel est la base de tout pouvoir.

Déjà, en 1789, l'Assemblée Constituante avait posé le principe tutélaire que tout homme soupçonné de délit ou de crime est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. De nos jours, on est allé plus loin. Des sociologues et des criminalistes voudraient faire évoluer cette idée vers un idéal plus parfait et désireraient que la société fournisse elle-même à l'inculpé les armes dont il a besoin pour se défendre.

« L'État, dit encore M. le professeur Larnaude, ne doit pas seulement songer à lui lorsqu'il donne des pouvoirs à ses juges, il doit aussi songer à l'individu. Il doit le faire protéger par ses juges, même lorsque lui, individu, n'y songe pas. En un mot, il ne faut pas que l'individu soit livré à ses seules forces, à sa seule initiative ; il faut qu'il soit protégé, même à son insu, même malgré lui, en dépit de ses imprudences, de ses négligences. Le juge et le ministère public ne doivent pas être pour lui des adversaires, ils représentent une idée plus haute, plus humaine, qu'ils ne doivent jamais perdre de vue. » (1)

(1) Bull. de la Soc. des pris. — Dans le même ordre d'idées : *Intervention de M. Garçon à la Société des prisons.* — « La magistrature

Ces considérations s'imposent d'autant plus que les idées sociales traitent en suspect tout inculpé aux prises avec la justice, quand bien même les événements postérieurs démontreraient que les poursuites étaient injustifiées. L'esprit simpliste de la foule ne fait pas de différence entre les diverses solutions d'une procédure, même lorsqu'elle est favorable à l'accusé. Suivant l'aphorisme populaire qu'il n'y a pas de fumée sans feu, l'opinion publique attache à tout jamais la déconsidération sur une personne innocente. Tout individu arrêté ou poursuivi restera irrémédiablement frappé dans son honneur, sa situation, sa fortune, et, par des exemples pris dans la presse, il serait facile de montrer que souvent un manque de précautions peut faire naître des préjudices si graves qu'ils causent, dans la suite, d'irréparables malheurs (1).

De toutes parts, on s'écrie qu'il y a beaucoup à faire. De tous côtés, un mouvement général se produit en

française, pendant le siècle qui vient de s'achever, a-t-elle compris toute l'étendue de ses devoirs ? Qu'elle ait rendu une justice impartiale, personne ne le contestera ; qu'elle ait assuré la répression, tout le monde en convient ; mais, parmi ses devoirs, il en est un autre plus élevé, c'est d'être la gardienne des libertés publiques et, avant toutes les autres, de la liberté individuelle. Quand donc a-t-elle pris cette noble attitude ? Je cherche les arrêts qui ont protégé les faibles contre l'arbitraire de l'autorité et je ne les trouve pas.

» Savez-vous ce qui a donné aux magistrats anglais leur indiscutable autorité, leur incomparable prestige ? C'est qu'ils ont précisément compris cette partie de leur tâche judiciaire, qu'ils protègent en même temps qu'ils punissent, c'est que le peuple anglais est accoutumé à voir dans leur justice le plus ferme soutien de la liberté britannique. » — Garçon, Soc. pris. *Rev. pénit.*, 1901, p. 457.

(1) Je cite cet exemple entre mille parce qu'il est des plus typiques et très récent : Un sieur R***, huissier à Largentière, s'est suicidé pour échapper au déshonneur produit par une enquête faite publiquement et sans ménagements au sujet d'un viol qui n'avait jamais été commis (Voir les journaux, 22 février 1903).

faveur des garanties personnelles. Au sein des commissions parlementaires, à la tribune de ces assemblées, parmi les conférences de magistrats ou d'avocats, dans les réunions des sociétés savantes s'occupant de questions juridiques, dans les ligues populaires, partout se manifeste le désir de parvenir à une liberté plus complète.

Une telle abondance de sources n'est sûrement pas faite pour éclaircir le problème, mais elle indique tout au moins la nécessité de le poser. La simultanéité de ces manifestations ne peut manquer de porter ses fruits. Quels seront ces fruits ? nul ne peut le savoir, mais nous allons rechercher ce qu'ils pourraient être.

*
* *

Dans un exposé rapide, nous nous efforcerons de découvrir les diverses situations qui ont été faites à l'inculpé au cours de notre histoire, et, abordant en détail le procès pénal actuel, nous nous demanderons si l'individu est suffisamment garanti et s'il ne serait pas possible de faire plus en faveur de la liberté individuelle.

HISTORIQUE

SECTION PREMIÈRE

La procédure accusatoire

1. Devant les cours féodales et jusque dans le courant du XIII[e] siècle, la procédure accusatoire fut seule usitée en France. La poursuite du fait dommageable n'appartient qu'à la partie lésée ou, en cas de décès de la victime, à sa lignée. « Il ne loist pas apeler (c'est intenter l'accusation) que por soi ou que por son lignage ou por seigneur lige. » (1) Le procès criminel n'est donc, comme le procès civil, qu'un débat limité entre deux particuliers. L'audience se tenait ordinairement en plein air, soit à la porte du château, soit au carrefour de la ville. Les parties devaient comparaître au jour fixé dans la semonce ou citation et ne pouvaient pas se faire représenter.

(1) Beaumanoir, liv. XIII. *Livre de jostice et de plet*, XIX, 3, §§ 1 et 2. — V. aussi le rapport de M. Le Poitevin sur les institutions pénitentiaires de la France en 1895.

2. La procédure de cette époque était : 1° publique ; 2° orale ; 3° *contradictoire*. Nous retiendrons particulièrement ce caractère, comme étant une des plus sérieuses garanties accordées à l'accusé.

L'accusateur posait sa question de vive voix et dans une certaine forme ; l'accusé devait lui répondre mot pour mot « de verbo ad verbum », sans faire aucune faute qui eût permis à son adversaire de le prendre « à point ». (1) Ces formalités observées, le procès se limitait à un débat entre les deux parties, où l'accusateur s'efforçait d'établir contradictoirement avec l'accusé la culpabilité de ce dernier.

3. Pour échafauder l'accusation, diverses pratiques étaient admises : le serment de l'accusé assisté de cojurantes, les épreuves judiciaires ou ordalies dont les plus connues sont celles de l'eau et du feu et surtout l'appel au jugement de Dieu décidé par le duel judiciaire (2). Mais, si l'accusateur hésite à procéder par voie d'appel, il peut offrir alors de faire sa preuve par témoins. Ces témoins devaient être des témoins oculaires dont la déposition était soumise à un rigoureux formalisme ; ils confirmaient leur témoignage en jurant sur des reliques sacrées et deux témoins remplissant ces conditions entraînaient forcément une condamnation. Il restait comme seule ressource à l'inculpé de « fausser » les témoins, c'est-à-dire de les accuser de parjure et de les provoquer, de ce chef, à un duel judiciaire.

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 45.

(2) V. Declareuil, *Les preuves judiciaires dans le droit Franc du V^e^ au VII^e^ siècle.* — V., en outre, le discours de M. Binos à l'audience de rentrée de la Cour de Limoges, 16 octobre 1902.

4. Peu à peu, le temps compléta cette ancienne procédure accusatoire en soumettant le flagrant délit à des règles spéciales. Dans ce cas particulier, c'est l'autorité publique qui se charge de la répression, et la bataille n'intervient plus entre l'accusé et la victime accusatrice (1). Puis on en vint à admettre que si l'action n'était pas intentée par suite de l'inertie ou de la disparition de la partie lésée, la puissance publique, pour assurer la poursuite, pouvait, non obtenir l'application de la peine, mais emprisonner le malfaiteur et s'efforcer de provoquer par une certaine publicité l'action des intéressés.

Si aucun accusateur ne se présentait, selon certains auteurs le prisonnier était remis en liberté sous caûtion ; selon d'autres, on le détenait pendant un an et un jour, délai après lequel il était libéré. L'inculpé pouvait éviter cette longue détention en se soumettant à « l'enqueste du pays » (2), mais son consentement était nécessaire. Beaumanoir nous indique les moyens employés pour l'y contraindre. « Il (l'inculpé) doit être arresté par la justice et mis en prison jusqu'à un an et jour à peu de manger et boyre, s'il n'offre dedans ce à soutenir l'enqueste du pays. » (3)

5. Donc, dans cette vieille procédure, l'arrestation « prise » et la prison préventive jouaient un rôle important, et par souci de l'égalité on y soumettait,

(1) Esmein, *loc. cit.*, p. 49.

(2) Beaumanoir, XXXIV, 21.

(3) *L'enqueste du pays.* — Audition d'au moins 24 témoins « qui ne soient pas soupçonneux par amour ou par haine », déposant un à un devant le bailli assisté de 4 chevaliers. Appelés en commun, ils doivent renouveler leur déposition devant l'accusé.

même dans la procédure par voie d'appel, accusateur et accusé.

Il est certain que ces formes étroites et barbares ne permettent pas de compter les atteintes portées à la garantie des individus. L'arrestation préalable est arbitraire ; le dur régime subi pendant la détention montre le peu de souci de la liberté que prend une civilisation à son enfance. Toutefois, il faut reconnaître qu'on laissait à l'accusé la plénitude de sa défense et que la procédure féodale ne cherchait nullement la restriction raisonnée et voulue de ses droits.

SECTION II

La procédure inquisitoire

6. Vers la fin du XIII[e] siècle, avec le développement de la civilisation et la décadence du régime féodal, la procédure criminelle subit une modification fondamentale : la poursuite d'office remplaça la dénonciation privée. Beaumanoir constate que, de son temps, le principe était déjà admis de venger les crimes par l'office du juge, toutes les fois que les inculpés étaient clercs et apperts et qu'il n'existait point de parties poursuivantes (1). La procédure inquisitoriale s'introduisit de plus en plus dans la pratique. Dès lors, l'instruction préalable fut confiée au

(1) Cap. XXXI, 14.

discernement des juges, et les épreuves judiciaires ou ordalies tombèrent petit à petit en désuétude.

7. C'est aux juridictions ecclésiastiques que revient « l'honneur d'avoir introduit cette réforme dans nos lois » (1). La loi canonique, s'inspirant des règles du droit romain, avait conservé dans sa procédure l'usage des investigations secrètes. Les décrétales d'Innocent III et de Boniface IV consacrèrent le principe de l'instruction non contradictoire (2) et la procédure inquisitoriale fut étendue par l'Église à tous ses procès. Ce fut sous le nom « d'apprise » que la poursuite d'office apparut pour la première fois dans les juridictions laïques ; nous la trouvons mentionnée dans une ordonnance de 1524 destinée à « la réformation des actes dans le Languedoc et le Languedoïl » (3).

Cette réforme de l'apprise s'acclimata d'autant plus facilement qu'elle trouva un point d'appui même en dehors de l'Église. Il est aujourd'hui certain que la procédure « per inquisitionem » fut connue des Carolingiens, mais que seul le roi avait le droit de procéder aux inquisitions en personne ou par délégué (4).

8. Les juristes, dont ce fut le but constant de soutenir le pouvoir royal dans sa lutte contre la féodalité, s'emparèrent bien vite pour les juges royaux d'un mode d'action si puissant (5), et l'ordonnance de Montils-les-Tours (mars 1498) consacra d'une

(1) Faustin Hélie, *Instr. Crim.*, t. I, n° 415.
(2) Faustin Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1545.
(3) Esmein, *op. cit.*, p. 78.
(4) Esmein, *op. cit.*, p. 81.
(5) Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XXVIII, chap. XL.

façon définitive la procédure inquisitoriale dans la législation criminelle laïque.

9. Cette ordonnance a pour but de distinguer la procédure ordinaire de la procédure extraordinaire en indiquant les formalités à suivre dans l'une ou dans l'autre. La procédure ordinaire se déroulait à l'audience. Les témoins fournis par les parties sont entendus par les enquesteurs, l'enquête est ensuite communiquée à l'accusé, les avocats ou défenseurs plaident de part et d'autre et l'on arrive ainsi à la sentence.

10. Si l'on choisissait, au contraire, la procédure extraordinaire, l'ordonnance indique ses deux caractères principaux : le secret et la torture. L'enquête ou information était écrite mais secrète, elle comprenait les dépositions des témoins et vérification des faits en prenant bien soin de cacher les dépositions à l'accusé pour qu'il ne puisse combattre les arguments de la poursuite. De plus, considérant qu'un aveu obtenu est encore la reine des preuves, tous les efforts du juge porteront à arracher à l'inculpé la reconnaissance de sa faute. « Désormais, il existe une loi formelle repoussant la publicité ; le public est chassé de l'auditoire des tribunaux criminels, il n'y rentrera pas de longtemps. » (1)

Malheureusement, cette procédure extraordinaire, créée comme un moyen extrême ne devant presque jamais être employé, prit le pas sur la procédure ordinaire ; l'usage en fit la règle pour toutes les infractions un peu graves et l'information tendit à

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 139.

absorber le reste du procès. Ce fut le tort de la législation laïque, en empruntant au droit canon son système le plus cruel, celui que — par mesure d'exception — il appliquait aux hérétiques, d'en faire sa procédure de droit commun usuelle et normale.

11. Sous François I[er], l'ordonnance de Villers-Cotterets (avril 1539) vint reproduire presque textuellement, en les complétant, les dispositions des ordonnances de 1498 et du 30 août 1536 spéciale au duché de Bretagne. Sauf le cas de flagrant délit, toute poursuite criminelle débutait par une enquête ou information. Celle-ci pouvait prendre naissance « soit en dénonçant, soit en partie formant, soit à cause d'office, à la requête du procureur du roi ou par le droict office du juge » (1). Les témoins cités par la partie civile ou par la partie publique devaient être entendus un à un et secrètement par le juge, ou même le plus souvent par un officier subalterne de justice assisté d'un notaire royal. Une fois l'information terminée, le juge criminel devait la communiquer au procureur du roi pour qu'il prît ses conclusions. Alors, s'il y avait lieu, on décrétait l'accusé, c'est-à-dire qu'on lançait contre lui un décret équivalent à nos mandats. Il est à remarquer que l'ordonnance de Villers-Cotterets est un des premiers actes législatifs qui réglementent avec quelques détails la procédure à suivre pour l'arrestation et la détention préventive des accusés ; la plupart des règles qu'elle

(1) Bouteiller, *Grand coutumier*, titre XXIV, p. 376.

édicte seront reproduites ultérieurement par l'ordonnance de 1670.

12. L'ordonnance de 1539 distinguait déjà les décrets d'ajournement personnel et de prise de corps. En cas de flagrant délit, elle maintenait la règle que toute personne peut procéder à l'arrestation du coupable à condition de le conduire dans un bref délai devant les magistrats du lieu. Aussitôt après sa comparution volontaire ou forcée, l'accusé devait être interrogé par le juge « incontinent, bien et diligemment » (art. 146 de l'ordonnance) ; mais il devait répondre seul, il ne lui était pas accordé l'assistance d'un conseil, ni même la connaissance de l'information échafaudée contre lui (1). Soumis à un interrogatoire habile et souvent perfide, ses juges ne reculaient devant aucun moyen pour l'enserrer dans un cercle de fer. Endurant des privations de toute sorte, menacé de la torture, l'inculpé était saisi par un engrenage terrible, et on était même arrivé à ce résultat étonnant de décider que, dans le cours de l'instruction préparatoire, il n'avait pas le droit de produire de témoins pour se disculper de l'accusation.

Le dossier était alors communiqué au procureur du roi et à la partie civile poursuivante pour provoquer leurs conclusions. Si le fait méritait une peine légère, on civilisait le procès ; s'il paraissait devoir entraîner une peine afflictive, on réglait l'affaire à l'extraordinaire. Dans ce dernier cas, on procédait à l'enquête ; le juge d'instruction entendait une seconde

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 142.

fois les témoins (recolement), les présentait à l'inculpé pour leur faire répéter leurs dépositions et provoquer ses réponses. Cette confrontation avait pour but de lui permettre de contredire les allégations des témoins et de faire valoir les reproches qu'il avait contre eux.

13. Dès lors, le procès était instruit. Une dernière fois, le juge prenait les conclusions du ministère public et de la partie civile, puis le tribunal s'assemblait pour ouïr un rapport sur l'affaire présenté par un de ses membres et pour examiner le procès hors de toutes les parties en cause. Après cette étude, pour la première et unique fois, l'accusé était autorisé à faire valoir sa défense mais seul et sans l'assistance d'un conseil. S'il niait, ou bien le tribunal rendait un jugement qui le soumettait à la question, ou bien il admettait ses faits justificatifs en lui permettant, pour les prouver, de présenter des témoins qui étaient entendus secrètement ; ensuite, le dossier lui revenait et la sentence était rendue.

14. Durant tout le cours de cette procédure extraordinaire, l'accusé est tenu en prison. Il n'y a que pour les délits peu graves n'emportant pas peine afflictive que le juge, dans son pouvoir discrétionnaire, peut accorder la liberté provisoire sous caution (art. 150 de l'ordonnance).

Cependant, pour les délits seulement passibles d'une peine pécuniaire, quelque élevée qu'elle fût, le prévenu devait être remis en liberté s'il fournissait caution. Pour les délits n'impliquant que le fouet, le bannissement ou l'exil, le juge restait souverain appréciateur. Lorsque les preuves des délits graves

étaient faibles ou incertaines, on imposait parfois à l'accusé une résidence forcée, soit une ville, soit même sa propre maison. Enfin, quand une peine corporelle était applicable, il y avait des cas où nobles et pauvres étaient autorisés à prêter serment pour être rendus à la liberté sur cette simple caution juratoire (1).

15. Cette réglementation, si dure pour la liberté individuelle, fut cependant acceptée sans résistance par la nation. Elle répondait si bien à la situation du moment qu'elle devint même populaire : « Quand on examine, avec nos idées modernes, a dit un auteur, les odieuses rigueurs de cette procédure inquisitoriale qui supprime toutes les garanties de la défense pour découvrir plus facilement les preuves d'une culpabilité dont on est convaincu d'avance, on est tenté de se demander comment elle a pu être tolérée pendant près de trois siècles par l'opinion publique. C'est que les ordonnances de 1498, 1539 et 1670 réalisaient deux grands progrès : elles établissaient l'uniformité de législation, elles organisaient en outre une procédure rapide et sûre pour arriver à la répression. Sans doute, pour atteindre ce dernier résultat, elles sacrifiaient les droits de l'individu, mais la satisfaction qu'elles donnaient à l'intérêt général fit longtemps accepter ce sacrifice. Seuls, quelques esprits d'élite, comme Ayrault et Dumoulin, avaient fait entendre des protestations au nom de l'humanité ; mais ils devançaient leur temps. » (2)

(1) Faustin Hélie, *op. cit.*, p. 668.

(2) Laborde, *Cours de Droit criminel*, 2me édit., nº 638.

16. La royauté, triomphant de la féodalité et de la noblesse, songea à refondre et à unifier ses lois. En 1670 parut l'ordonnance criminelle de Saint-Germain-en-Laye, qui, sur l'initiative de Colbert et du conseiller Pussort, eut moins pour objet d'innover que de coordonner les dispositions de l'ancienne procédure. La nouvelle ordonnance « compléta et réalisa définitivement dans tout le royaume l'unification des règles de la matière que les ordonnances de 1498 et de 1539 avaient entreprise sans toutefois réussir à étouffer partout les pratiques contraires » (1).

Donc, en ce qui concerne la marche de la procédure, l'ordonnance ne fit que confirmer, en la précisant, la législation antérieure. Les modifications qu'elle apportait dans la loi, existaient en fait dans la coutume, et les rigueurs qu'elle enregistrait, nouvelles en apparence, étaient consacrées déjà par la pratique.

17. La procédure reste absolument secrète. Les témoins étaient ouïs secrètement et séparément ; l'accusé était privé de conseil à l'instruction, aucune communication ne pouvait lui être faite et, pour rompre l'égalité au profit de la partie plaignante, on autorisait cette dernière à se faire assister. Toutefois, à l'avenir, le juge ne pourra plus faire informer par un sergent ou par un notaire, il devra le faire seul avec son greffier ; depuis longtemps, en effet, les juristes protestaient contre cette coutume qui avait donné naissance à de nombreux abus : « Recevoir

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 628.

déposition d'un homme, disait Ayrault, c'est l'affaire de juge et non d'appariteur. » (1)

18. Si l'information contenait des charges suffisantes, le juge, après avoir pris les conclusions du procureur du roi, statuait sur ces conclusions et décernait un des trois décrets que l'ordonnance mettait à sa disposition : décret d'assigner pour être ouï, décret d'ajournement personnel, décret de prise de corps ; il avait le choix et décernait celui qui lui paraissait convenir le mieux au genre de crime, à l'état des preuves ou à la qualité des inculpés.

19. Jousse indique la règle de la matière : « Pour pouvoir décréter de prise de corps un accusé, il faut non seulement que le crime qu'on instruit mérite une peine afflictive ou infamante, mais il faut encore que la preuve soit suffisante pour rendre un pareil décret. Le juge doit en cela avoir égard à la qualité de l'accusé, et il doit se conduire différemment à l'égard d'une personne vile ou du commun. Il faut des indices plus considérables pour arrêter les premières que pour arrêter les autres, quoique pour une même espèce de crime. Quand le crime est capital, on doit toujours décréter de prise de corps s'il y a des indices suffisants contre l'accusé, sans avoir égard à la qualité, ni au sexe, ni au domicile de l'accusé. Mais, à l'égard des domiciliés, ils ne doivent jamais être décrétés de prise de corps si ce n'est pour crimes graves. Dans les crimes légers, tels que sont les rixes et les simples batteries, il n'y a jamais lieu au décret de prise de corps. » (2)

(1) Ayrault, *Institutions judiciaires*, livre III, 2me partie, nº 35.
(2) Jousse, *Traité de la Justice criminelle en France*, t. II.

20. L'ordonnance de 1670 réalisait, en outre, une amélioration sur les précédentes en déclarant que les décrets devaient contenir le titre de l'accusation. Si le prévenu n'obéissait pas à l'assignation qui lui était faite, le décret d'assigner pour être ouï se transformait en celui d'ajournement personnel, et ce dernier en décret de prise de corps lorsque le deuxième avertissement restait sans effet comme le premier. L'interrogatoire suivait immédiatement l'exécution du décret. Privé de conseil, l'accusé était livré à ses seules inspirations. Mais, comme dans beaucoup de cas les peines les plus graves ne pouvaient être prononcées sans son aveu, « l'art d'interroger était une qualité tout à fait précieuse chez le magistrat instructeur » (1). Malgré certaines protestations, on fit revivre la coutume remontant aux Mérovingiens de recevoir le serment de l'accusé qu'il dirait la vérité (2). « Il en résulta, dit Lamoignon, un conflit entre les deux plus saintes obligations qui soient au monde : le devoir naturel qui oblige l'homme à conserver sa vie, et la religion du serment qui l'oblige à dire la vérité. »

21. Cette procédure, déjà si impitoyable pour l'accusé, fut encore aggravée par l'usage des preuves légales, qui forcent le juge à tenir un fait pour prouvé, même eût-il une conviction contraire, devant certains écrits, certains témoignages ou certaines présomptions. La détention préventive devient la règle et, à ce sujet, le magistrat Pussort nous

(1) Esmein, *loc. cit.*, p. 228.

(2) Procès-verbal des conférences sur l'ordonnance criminelle de 1670, p. 154.

montre admirablement l'esprit de l'ordonnance en disant : « Il y a beaucoup plus d'inconvénients d'élargir légèrement et avec trop de précipitation un accusé que de le retenir dans les prisons un peu plus de temps qu'il ne devrait y être. »

22. Avec de semblables idées, l'élargissement provisoire, est-il besoin de le dire, ne pouvait être ordonné qu'à titre exceptionnel. L'ordonnance de 1670 semble s'en être peu préoccupée et une certaine obscurité règne même sur ce point. Cependant, la plupart des commentateurs, Rousseau de Lacombe notamment, reconnaissent que ce n'était jamais un droit pour l'inculpé et « qu'en matière criminelle, un accusé d'un crime grave et qui, par l'événement, pourrait être puni de peines afflictives et infamantes, ne peut être élargi par provision en donnant caution..... que cela ne se pourrait ordonner que dans les délits légers et qui ne pourraient, tout au plus, être punis que d'une amende et de sommes pécuniaires » (1).

23. Toutefois, on ne saurait passer sous silence certaines mesures qui, au premier abord, semblent avoir été prises dans une idée de protection pour la liberté individuelle. Déjà, une ordonnance de François I[er] recommande aux juges d'interroger le prévenu dès le lendemain de son arrestation, et l'on trouve dans l'ordonnance de 1670 que, pour éviter les abus de la prison préventive, les procureurs du roi seront tenus d'envoyer, tous les six mois, aux procureurs généraux un état des écrous et recom-

(1) Rapporté par M. Flamand. *De la détention préventive et de la liberté provisoire*, th. Paris, 1877.

mandations faits pendant les six mois précédents dans les prisons de leur siège, lorsque l'incarcération n'a pas été suivie de jugement définitif, en mentionnant la date des décrets, des écrous et des recommandations, avec la désignation des accusés, le chef d'accusation et l'état de la procédure.

Des abus très graves, auxquels donna naissance un tel état de choses, montrent le peu de cas que l'on faisait alors des garanties personnelles. La volonté du roi était la loi, et l'arrestation et l'emprisonnement des sujets étaient confiés à sa simple discrétion. Nous trouvons, sous Louis XIII, « les jugements par commissaires », œuvre de Richelieu, qui mettait à jour toute leur valeur légale en déclarant « qu'il y a telle accusation où il faut commencer par l'exécution ! » Nous citerons, enfin, les lettres de cachet, institution arbitraire, qui, aux XVII[e] et XVIII[e] siècles, étouffaient la liberté individuelle sous l'unique volonté du roi ou même d'un ministre.

24. L'usage de ces lettres avait été introduit dans la pratique, sous l'influence des légistes, comme une application de *la justice retenue*. Le roi, dépositaire de la toute puissance, avait, disait-on, délégué aux tribunaux le soin de rendre la justice, mais en conservant le droit d'intervenir quand bon lui semblerait (1). Poussé jusque dans ses dernières conséquences, ce principe fit admettre que la volonté du monarque, même contraire au droit et à la justice, était souveraine et devait être obéie. L'emploi des lettres de cachet devint facilement abusif et, sous

(1) Muyart de Vouglans, *Institutes*, p. 103.

les règnes de Louis XIV et Louis XV, ces missives étaient envoyées à chaque instant pour détenir arbitrairement, dans les prisons d'État, des gens dont le tort consistait à avoir déplu à la Cour ou même à quelque grand seigneur (1). Il est certain que, contre une telle arme dans les mains du pouvoir, les citoyens ne pouvaient espérer aucune défense utile (2).

25. De semblables atteintes à la liberté humaine ne tardèrent pas à soulever partout les plus vives réclamations. Une violente réaction se produisit. Des écrivains tels que Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Malesherbes et beaucoup d'autres, ainsi que le Parlement de Paris, s'insurgèrent contre la violation aussi flagrante du respect que l'on doit aux garanties individuelles. L'exemple de l'Angleterre fut pour eux un enseignement précieux. Dans cette nation, la procédure accusatoire, toujours conservée et sans cesse perfectionnée, présentait aux esprits d'alors le maximum des libertés dues à l'individu.

26. Le mouvement était préparé ; 1789 fut une renaissance ; les cahiers des Etats Généraux étaient unanimes à demander une amélioration de la loi

(1) Nicolle, Thèse de Paris, 1894.

(2) Les lettres de cachet étaient imprimées d'avance en laissant des blancs pour recevoir le nom du criminel d'État et celui du château-fort où il devait être incarcéré.

Modèle. — Monsieur....., Je vous fais cette lettre pour vous dire de recevoir Monsieur..... dans mon château de..... et de l'y retenir jusqu'à nouvel ordre de ma part.

Sur ce, je prie Dieu qu'il vous ait, Monsieur....., en sa sainte garde.

Fait à.....

Louis.....

Esmein, *op. cit.*, p. 428.

criminelle en faveur de la liberté individuelle. L'Assemblée Constituante opéra sur ce point d'importantes réformes.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (26 août 1789) porte dans son article 7 ce principe d'humanité : « Nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les règles qu'elle prescrit. » L'article 9 proclame que : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

Continuant son œuvre, l'Assemblée Constituante, par un décret des 8-9 octobre 1789, rendit la procédure publique et contradictoire après l'arrestation de l'inculpé ; on lui accorde un conseil, qui peut prendre communication de toutes les pièces de la procédure et assister aux recolements et confrontations, sans, néanmoins, avoir le droit d'y prendre la parole ou de suggérer des réponses à l'inculpé.

27. C'était pourvoir au plus pressé. Deux ans après, le décret du 22 juillet 1791 abolit l'ordonnance de 1670 et la remplaça par une législation nouvelle. Aussitôt arrêté, le prévenu devait être conduit devant le juge de paix, qui statuait sur son arrestation. La détention préventive était obligatoire en matière criminelle. Pour les délits, au contraire, la liberté provisoire était de droit, mais sous caution. Le chiffre de l'engagement de la caution était élevé : il variait de 3.000 à 20.000 francs. Il est curieux de rencontrer une semblable disposition, qui créait

une inégalité choquante entre les prévenus et un privilège en faveur de la fortune, à une époque où l'on proclamait le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

A cette loi remontent nos mandats actuels d'amener et d'arrêt. Mais ce n'est que plus tard qu'ils furent nettement organisés par la loi des 16-29 septembre 1791. L'officier de police judiciaire qui les décerne est le juge de paix, agissant soit d'office en cas de flagrant délit, soit sur la plainte d'un particulier (dénonciation civique). S'il décide, après interrogatoire, la continuation des poursuites, le prévenu est alors conduit au chef-lieu du district, où le jury d'accusation décrète s'il y a lieu ou non de donner suite à l'affaire. Cette législation détermine nettement les cas où elle prescrit la détention préventive. La liberté provisoire est de droit lorsque le fait incriminé est passible d'une peine non infamante. Si l'infraction entraîne une peine seulement infamante, les prévenus sont encore en liberté, à la condition de « trouver des amis qui veuillent bien répondre pour eux qu'ils se représenteront à la justice s'ils en sont requis et donner caution de cette promesse » ; mais l'incarcération préalable est, au contraire, toujours obligatoire pour l'infraction qui comporte une peine afflictive et infamante.

28. Presque au même moment, la Déclaration des droits de l'homme était reproduite comme préambule de la constitution du 3 septembre 1791, qui, dans son titre 1^er^, § 3, garantissait « la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir

être arrêté ni détenu que selon les formes déterminées par la constitution ».

29. Enfin, la constitution du 24 juin 1793, non contente de citer la Déclaration des droits de l'homme, prend soin d'en développer les principes. « La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent » (art. 9). « Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine est arbitraire et tyrannique » (art. 11).

30. Il serait permis de croire qu'après des déclarations aussi solennelles, la liberté individuelle ne pouvait courir aucun risque de la part des détenteurs du pouvoir qui prenaient si énergiquement sa défense dans le préambule de nos lois. Or, dans le cours de notre histoire, jamais elle ne fut plus violentée, plus sacrifiée que pendant cette période révolutionnaire qualifiée à juste titre de « Terreur ». « Jamais, comme l'a dit M. Dupin, on n'a tant parlé de liberté que durant cette période de 1793 à l'an IV, et pourtant, quel que soit le jugement que l'on prétende en former, il faudra convenir qu'en aucun temps la vie et la liberté des hommes ne fut moins respectée. » (1) Tout le monde a entendu parler du Comité du salut public, de la loi des suspects et de cette procédure expéditive des tribunaux révolutionnaires qui envoyaient par bandes les innocents à la guillotine ; c'est avec raison que Madame Roland, montant à l'échafaud, s'écriait : « Liberté, que de crimes on commet en ton nom ! »

(1) Dupin, *Législation criminelle.*

31. Une telle période d'anarchie ne pouvait se prolonger longtemps et, sous le Directoire, peu à peu on vit renaître le calme. De même que les constitutions précédentes, la constitution de l'an III (22 août 1795) reproduisit la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en édictant toute une série de dispositions destinées à prévenir les arrestations arbitraires (art. 222, 223 et 224).

32. Vint ensuite le Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795). Tout d'abord, ce Code modifie la loi du 16-29 septembre 1791 en ce qui concerne l'arrestation de l'accusé. Le directeur du jury se voit attribuer dans certains cas le droit de poursuivre directement les crimes et devient ainsi un juge d'instruction au premier degré (art. 21, 140, 141 et 142). Le mandat de comparution est créé mais applicable exclusivement aux prévenus de délits passibles d'une simple amende.

La détention préventive était obligatoire pour les délits punissables d'une peine afflictive et infamante. Le directeur du jury statuait seul sur la demande de mise en liberté provisoire. Prohibée par le Code de Brumaire de l'an IV quand il s'agissait d'un crime emportant peine afflictive, elle était déclarée de droit si la peine éventuelle était simplement infamante ou correctionnelle et si l'inculpé fournissait une caution dont la loi fixait le montant à 3.000 francs. Ce taux uniforme, trop élevé surtout pour l'époque, ne permettait pas au juge de tenir compte suffisamment de la situation sociale, de la faute, de la moralité et des antécédents du prévenu. Toutefois, les gens sans aveu et les vagabonds pouvaient obtenir leur liberté

provisoire : c'était désarmer la société à leur égard.

33. Les inconvénients de cette loi furent en partie corrigés par la loi du 29 Thermidor de l'an IV qui vint modifier cette matière. Il n'est plus permis au directeur du jury de mettre en liberté provisoire les gens sans aveu et les vagabonds. Les récidivistes, cependant, purent encore l'obtenir. Le taux du cautionnement fut gradué et varia suivant la nature des peines et des délits ; ces derniers, à ce point de vue, furent divisés en 3 classes :

Pour les vols simples, le minimum était de 3.000 francs. Pour les délits emportant une peine infamante, le cautionnement variait de 2.000 à 6.000 francs ; pour la généralité des délits passibles d'une peine simplement correctionnelle, le minimum était de 1.000 francs et le maximum atteignait le triple de l'amende prononcée. Enfin pour les délits entraînant une peine afflictive, la détention préventive restait obligatoire. Il est incontestable que cette loi laissait au juge une plus grande latitude de mouvement ; mais si l'amélioration était sensible, cette législation, cependant, était encore imparfaite et les mêmes reproches qu'on avait adressés aux dispositions du Code de l'an IV pouvaient s'appliquer à la loi du 29 Thermidor.

34. La constitution de l'an VIII est le point de départ d'une réaction contre les idées libérales qui avaient inspiré la loi de 1791. Les lois de l'an IV apparurent comme insuffisantes pour assurer la répression et, l'année suivante, la loi du 7 Pluviôse an IX modifia profondément notre procédure criminelle en aggravant les dispositions précédentes et en

primer complètement les réformes opérées par la Révolution Française, on désira organiser notre procédure criminelle dans un esprit de centralisation et d'autorité. Pour ce faire, on s'efforça de revenir vers les principes consacrés par l'ordonnance de 1670, et dans cet esprit on formula le Code de 1808 avec son instruction préparatoire *écrite*, *secrète* et *non contradictoire*.

Cet acte législatif, de la plus haute importance, fut promulgué le 27 novembre 1808, mais son application commença seulement avec la nouvelle organisation judiciaire créée par la loi du 20 avril et le décret du 6 juillet 1810. La plupart de ses dispositions étant encore en vigueur, nous aurons, au cours de cette étude, à nous rapporter constamment à ses prescriptions, bases de notre législation.

36. Dès cette époque, il souleva de nombreuses réclamations qui montrèrent que l'œuvre n'était pas parfaite. La liberté individuelle était encore à garantir, et l'on peut dire que depuis, les efforts du législateur ont toujours tendu vers la protection des droits de l'individu. Des lois ou des décrets nombreux, que nous nous contenterons d'énumérer pour l'instant, sont venus modifier profondément certaines dispositions par trop surannées.

C'est ainsi que, sous l'empire du Code de 1808, le juge d'instruction qui avait décerné un mandat de dépôt ou d'arrêt contre un inculpé, ne pouvait pas donner mainlevée de ces mandats et modifier par la suite la situation qu'il avait créée ; de même la liberté provisoire, toujours impossible lorsqu'il y avait prévention de crime, ne pouvait être accordée qu'à la

faisant entrer dans notre législation quatre réformes principales :

1° Création, ou plus exactement, mise en relief du rôle du ministère public, très effacé dans la législation précédente. Séparation très nette de ses attributions d'avec celles du juge instructeur tout en faisant agir de concert ces deux magistrats (art. 1er).

2° Introduction du mandat de dépôt à côté des mandats de comparution, d'amener et d'arrêt qui existaient dans la législation précédente. Ce mandat est mis à la disposition des substituts du commissaire du gouvernement, auxquels correspondent aujourd'hui les procureurs de la République. Il est provisoire et décerné en attendant que le juge ait pris connaissance des pièces de la procédure et prononcé sur la prévention (art. 7).

3° Audition des témoins séparément, hors de la présence de l'accusé (art. 9).

4° Substitution des preuves aux débats oraux devant le jury d'accusation (art. 21).

Ces deux dernières réformes abandonnaient les principes consacrés depuis 1789.

La détention préventive s'imposait pour les crimes punis d'une peine afflictive et infamante. Mais la liberté provisoire était un droit absolu pour les délits n'emportant qu'une peine seulement infamante ou correctionnelle. La caution était toujours obligatoire et les gens sans aveu et sans domicile ne pouvaient jamais bénéficier de cette mesure.

35. Pendant cette période, on s'aperçoit très nettement que l'évolution législative suit une marche parallèle à l'évolution politique. Sans vouloir sup-

condition de fournir un cautionnement dont le minimum ne devait pas être inférieur à 500 francs. Les idées libérales de 1848 firent supprimer par un décret le minimum du cautionnement. Quelques années après, la mainlevée, d'abord du mandat de dépôt, puis du mandat d'arrêt fut permise au juge d'instruction, sur les conclusions conformes du procureur de la République, par les lois du 4 avril 1855 et du 14 juillet 1865.

A dater de cette dernière loi de 1865, l'élargissement cesse d'être l'apanage de la fortune. Le juge tient en ses mains le sort de l'inculpé qu'il peut, selon sa conscience, détenir préventivement ou remettre en liberté avec ou *sans* caution. La liberté peut être demandée en tout état de cause et devant toute juridiction, sauf la cour d'assises, qui ne devait obtenir cette prérogative que par la loi du 8 décembre 1897, et encore d'une façon limitée.

Pour faire échec à cette omnipotence du juge, cette même loi organise la liberté provisoire (ou mieux, l'extinction de la détention préventive) de droit après cinq jours, lorsque l'emprisonnement encouru par l'infraction est d'une durée très courte. Mais, il faut déplorer qu'en pratique son application soit dérisoire.

La loi du 20 mai 1863 donna naissance, pour les délits correctionnels flagrants, à une procédure rapide qui abrégea la détention préventive et mit fin à d'inutiles lenteurs.

Poursuivant cette idée que, si la privation de la liberté ne constitue pas une peine aux yeux de la loi, elle n'en cause pas moins une souffrance et un pré-

judice à celui qui la subit, le législateur s'est efforcé de réparer, dans une certaine mesure, les conséquences dommageables de ce mal nécessaire.

Une réforme timide avait déjà été tentée par la loi du 18 avril 1832, qui, tout en admettant le principe de l'imputation de la prison préventive sur la peine encourue, le limitait d'une façon trop restreinte en ne tenant aucun compte de l'incarcération subie entre l'arrestation et le jour de la condamnation. A notre époque, la loi du 15 novembre 1892 a complété cette œuvre en accordant l'imputation de l'entière détention préventive sur la durée de la peine prononcée par suite de la condamnation.

Enfin, une loi du 15 novembre 1895 accorde au prévenu une réparation pécuniaire pour le préjudice immérité causé par une détention préalable plus ou moins longue, lorsqu'une revision de la condamnation a été obtenue.

Mais, ces diverses lois ne sont que des modifications de détails. Pour transformer l'esprit de cette législation, il aurait fallu une refonte complète du Code de 1808. Depuis longtemps, tout le monde reconnaît que l'ensemble de ces dispositions éclectiques est loin d'être parfait, et déjà sous le second empire, le gouvernement, poussé par l'opinion publique, constitua une commission extra-parlementaire avec mission de préparer une réforme complète de notre Code. Les funestes événements qui survinrent bientôt ne lui permirent pas d'accomplir sa mission. Quelques années après, un projet de loi fut présenté au Sénat le 27 novembre 1879 et subit une partie des épreuves parlementaires. Conçu par le gouverne-

que la société fait à l'individu, déterminer un minimum de lésion pour les garanties personnelles ? Peut-on espérer une conciliation et accorder encore une plus large part à la liberté individuelle ? Répondre à ces questions sera le but de cette étude.

ment dans un sens très libéral, il ne retrouva pas auprès de cette haute assemblée l'accueil qu'il méritait ; elle vota le 5 août 1882 un projet beaucoup moins favorable aux garanties individuelles. La Chambre des députés ne consentit pas à accepter cette transformation et adopta un texte presque conforme à celui que le gouvernement avait proposé en 1879. Depuis, des occupations d'un autre ordre ont empêché le parlement d'entreprendre une réforme aussi complète du Code d'instruction criminelle.

Toutefois, une loi, due à l'initiative de M. Constans et qui n'est qu'une partie détachée du projet précédent, a été votée le 8 décembre 1897. Avec elle, le secret de l'instruction préparatoire a disparu. L'inculpé peut demander un avocat qui prendra connaissance de toutes les pièces, qui assistera à ses interrogatoires sans cependant pouvoir à ce moment répondre pour lui, ni lui suggérer une réponse. C'est une loi de transition, visiblement inspirée par celle du 8-9 octobre 1789 et qui aboutira probablement un jour au triomphe définitif de l'instruction préalable contradictoire.

*
* *

37. En somme, à travers nos institutions juridiques, nous nous sommes aperçu que les droits réciproques de l'individu et de l'État ne se sont pas développés d'une façon harmonieuse et paisible. Trop étroitement liés aux destinées des gouvernements, il y a eu lutte et la lutte a été violente et pénible. De nos jours peut-on, dans le procès pénal

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ARRESTATION

CHAPITRE PREMIER

NATURE GÉNÉRALE DE L'ARRESTATION. — DES MANDATS

38. L'arrestation est le fait d'appréhender au corps un citoyen vivant en liberté pour l'en priver momentanément. C'est le premier acte de la procédure criminelle cherchant à établir un rapport entre le prévenu et la justice ; c'est par l'arrestation que la société commence à faire valoir ses droits de poursuite et de répression et, en même temps, la première atteinte qu'elle porte au droit sacré de la liberté individuelle.

39. L'arrestation ne peut se concevoir qu'autant qu'elle est la conséquence immédiate ou lointaine d'un fait délictueux, et à ce point de vue, il faut remarquer qu'il existe deux espèces d'arrestation : celle qui a lieu à la suite d'un jugement de condamnation, et celle qui a lieu avant tout jugement.

Dans le premier cas, une condamnation peut avoir été prononcée contre un inculpé dont l'arrestation n'a pas été maintenue. Cette hypothèse se rencontrera lorsque la décision de justice a été rendue contre un individu en fuite, défaillant ou contumace, et même en cas de condamnation contradictoire si le prévenu a comparu devant ses juges en état de liberté.

40. Mais cette arrestation, opérée en vertu d'un jugement, n'a lieu qu'une fois le procès pénal terminé, puisque la décision de justice qui l'autorise doit être susceptible d'exécution au moins provisoire. Aussi, elle ne saurait entrer dans le cadre de notre étude et nous devrons nous limiter à la deuxième espèce d'arrestation, celle qui a pour objet un fait délictueux non encore jugé et donnant naissance à la saisie de la personne de l'inculpé, tout au moins d'une manière momentanée et pour le conduire devant le magistrat chargé de l'interroger.

Suspendant la liberté individuelle, l'arrestation est une mesure trop rigoureuse pour être ordonnée en dehors des cas où elle est permise et pour être permise en dehors des cas où elle est nécessaire. Modifiant par ses effets la situation juridique de la personne arrêtée, elle en fait vis-à-vis de la justice un *inculpé* qui, pour recouvrer sa liberté, devra se justifier de l'inculpation qu'on lui reproche. Devant des résultats aussi graves, il a fallu protéger la liberté personnelle contre les arrestations arbitraires, en n'admettant comme régulières que celles qu'un texte de loi autorise ou prescrit et dont elle détermine les conditions et les formes.

liberté individuelle et, comme tel, doit être revêtu de la formule exécutoire. Il enjoint, par conséquent, une obéissance immédiate de la part de l'individu mandé, faute de quoi « le porteur du mandat d'amener emploiera au besoin la force publique du lieu le plus voisin. Elle sera tenue de marcher sur la réquisition contenue dans le mandat d'amener. » (art. 99 § 2 Code d'instr. crim.) Toutefois, l'emploi de la force est restreint à l'hypothèse où l'individu visé par le mandat refuse de suivre volontairement l'agent qui le lui signifie, ou s'il cherche à s'enfuir.

44. Maintenant, il est aisé de saisir les différences qui existent entre ces deux mandats. L'un est ignoré du public, car il ne se manifeste à lui sous aucune forme extérieure et possède l'avantage de ne porter aucun préjudice à l'inculpé ; l'autre, avec son exécution forcée, est le premier acte de la poursuite et la première atteinte portée à la liberté de l'individu.

Seulement il faut reconnaître que l'emploi du mandat de comparution n'est pas sans danger pour la répression. Avertissant l'inculpé de la poursuite qui le menace, il lui permet de prendre la fuite et de se soustraire ainsi à l'application effective de la loi. Pour éviter cet inconvénient, le Code de 1808 n'autorisait son emploi qu'à l'égard des inculpés domiciliés et en matière correctionnelle, obligeant, à l'encontre, la mise en mouvement du mandat d'amener en matière de crimes quelle que fût la situation de l'inculpé. Il en était de même lorsque, en cas de délit simplement correctionnel, l'inculpé ne possédait pas de domicile fixe.

Lorsqu'on écarte le flagrant délit et qu'on envisage une arrestation basée sur une instruction judiciaire (1), ces formalités consistent dans l'obligation d'exhiber à l'inculpé un ordre régulier d'arrestation, qui reçoit le nom de mandat.

41. Le mandat est l'acte par lequel le magistrat compétent ordonne, soit la comparution, soit l'arrestation d'un individu sur lequel pèsent de graves présomptions de culpabilité. Les mandats, en principe délivrés par le juge d'instruction, sont au nombre de quatre : le mandat de comparution, le mandat d'amener, le mandat d'arrêt et le mandat de dépôt. Il importe de déterminer les caractères propres à chacun d'eux.

Les deux premiers ont pour but de faire comparaître l'inculpé devant le juge d'instruction pour être interrogé ; mais ils diffèrent dans leur forme et dans leur mode d'exécution.

42. Le mandat de comparution, qui est l'ancien décret « d'assigner pour être ouï », est une simple ordonnance du magistrat compétent enjoignant à un inculpé de comparaître devant lui aux jour et heure déterminés par le mandat pour être interrogé sur les faits qu'on lui impute. C'est le plus discret de tous les mandats. L'inculpé paraît libre devant le magistrat, et rien ne peut faire soupçonner la poursuite qui le menace car son exécution n'est accompagnée d'aucun déploiement de force publique.

43. A la différence du mandat de comparution, le mandat d'amener, au contraire, porte atteinte à la

(1) Nous ne parlerons qu'ultérieurement des arrestations opérées pour cause d'infractions flagrantes.

En 1846, la Cour de cassation, consultée sur le point de savoir s'il fallait rendre le pouvoir d'arrestation facultatif pour le juge d'instruction, s'est montrée opposée à cette solution «...parce que la loi a été sage en se substituant au juge d'instruction, à qui elle avait ainsi épargné les obsessions et l'intrigue, les erreurs d'appréciation, les anxiétés d'une conscience placée entre la crainte de déployer une rigueur excessive ou de céder à une indulgence téméraire » (1).

Cependant, l'idée fit son chemin : la loi du 14 juillet 1865 (art. 91 du Code d'inst. crim.) abrogea cette règle rigoureuse que la doctrine contestait et que la pratique violait fréquemment. Désormais, le magistrat compétent est complètement juge, soit en matière correctionnelle, soit en matière criminelle, de ne décerner qu'un mandat de comparution. On a conservé néanmoins un paragraphe de l'ancien article 91, qui paraît faire un devoir au juge d'instruction de décerner un mandat d'amener contre l'inculpé qui n'obéirait point au mandat de comparution.

Certains auteurs ont prétendu que la loi de 1865, tout en donnant les plus larges pouvoirs au juge d'instruction, n'a pas laissé son appréciation sans limites. Dans le but louable d'épargner autant que possible le scandale d'une arrestation publique, elle oblige, dans certains cas, le magistrat mandant à ne pas délivrer le mandat le plus rigoureux. Si le fait qu'il est chargé d'instruire n'est passible que d'une simple amende, le mandat d'amener, comme

(1) *Pandectes françaises*, t. VIII, p. 606.

sous l'empire de la loi de Brumaire, ne peut être décerné. « Il suffit que la peine dont l'inculpé peut être frappé en cas de condamnation, ne menace pas sa liberté, pour qu'on ne doive pas y porter atteinte au cours de l'instruction. » (1)

45. Aux termes de l'article 49 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, l'arrestation préventive n'est autorisée, en matière de presse, pour les prévenus domiciliés en France, qu'en cas de crime. En dehors de ce cas, si on ne peut interdire au juge d'instruction le pouvoir de délivrer des mandats de comparution, peut-on, au contraire, lui contester le droit de décerner des mandats d'amener? M. Barbier se prononce nettement pour l'affirmative. Cet auteur, tout en admettant que le mandat d'amener n'est pas l'acte initial de la prison préventive interdite par l'article 49, mais simplement un moyen de contrainte qui oblige le prévenu à comparaître devant le juge d'instruction, prétend que « le texte de l'article 49 § 2, en disposant que le prévenu ne peut être arrêté préventivement, paraît exclure formellement le mandat d'amener, qui pourrait, d'ailleurs, avoir pour effet de soumettre l'inculpé à une détention préalable d'une certaine durée; le juge d'instruction n'étant tenu de procéder à l'interrogatoire de l'inculpé que dans les vingt-quatre heures de l'arrestation » (2).

Cet argument est surtout justifié depuis la loi du 8 décembre 1897, qui fait assimiler par certains

(1) Faustin Hélie, 1856, t. V, p. 765.

(2) Barbier, *Traité général de la police de la presse et des délits de publication*, t. II, n° 891, p. 403

M. Fabreguettes (1) ne fait même pas la restriction précédente. « De la combinaison de l'article 49 avec l'article 61 (2), il résulte, dit-il, que le prévenu de délits prévus par la loi de 1881 ne peut jamais être l'objet de mandat *d'amener*, d'arrêt, etc., et qu'il ne peut être soumis à l'arrestation qu'après le rejet de son pourvoi en cassation, s'il en a formé un. En tous cas, comme après sa condamnation, même contradictoire, il a trois jours francs pour se pourvoir, il ne pourra, durant ce délai, être placé sous la main de la justice ; le pourvoi est, en effet, suspensif. »

Ces objections n'ont pas prévalu en jurisprudence et la Cour de cassation a déclaré que l'article 49 ne s'opposait en rien à ce que le juge d'instruction lance un mandat d'amener contre l'inculpé qui n'obéit pas au mandat de comparution (3). Nous admettons d'autant plus volontiers cette solution qu'il nous est impossible de faire prévaloir les considérations, parfois très justes, des auteurs précédents sur le texte formel de l'article 91 du Code d'instruction criminelle, qui accorde au juge le droit absolu de choisir, au début de la procédure, entre le mandat de comparution et le mandat d'amener et lui impose

(1) Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse.*

(2) Loi du 29-30 juillet 1881 sur la liberté de la presse : Art. 49 § 2. « Si le prévenu est domicilié en France, il ne pourra être arrêté préventivement, sauf en cas de crime. »

Art. 61. « Le droit de se pourvoir en cassation appartiendra au prévenu et à la partie civile. Quant aux dispositions relatives à ses intérêts civils, l'un et l'autre seront dispensés de consigner l'amende et le prévenu de se mettre en état. »

(3) Cass., 24 juillet 1891. S., 92-1-429.

jurisconsultes le mandat d'amener à un titre de *détention* valable pour vingt-quatre heures et dont les effets peuvent même être prolongés dans les cas prévus par l'ancien article 106 du Code d'instruction criminelle (aujourd'hui 4 et 5 de la loi de 1897).

Cependant, M. Faustin Hélie est moins catégorique et se place dans l'hypothèse spéciale où le délit est passible d'un emprisonnement inférieur à deux ans. Tout en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction de décerner un mandat d'amener, il ajoute que le mandat de comparution est « en quelque sorte de droit ». Son opinion est basée sur l'article 113 § 2 modifié par la loi du 14 juillet 1865 et ainsi conçu : « En matière correctionnelle, la mise en liberté sera de droit, cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement. » — « Puisque, dit cet éminent jurisconsulte, le prévenu détenu est, d'après le cas prévu par cet article, de droit mis en liberté cinq jours après l'interrogatoire : puisque, à son égard, la liberté provisoire est de droit, il faut conclure nécessairement qu'on ne doit employer à son égard que le mandat de comparution, car il serait contradictoire, quand la loi ordonne son élargissement presque immédiatement après son interrogatoire. » De plus, cet auteur envisage cette catégorie de délits comme des actes d'une gravité minime, incapables de faire abandonner à l'inculpé sa situation, sa famille et sa patrie.

le devoir de décerner celui-ci quand celui-là n'a pas été obéi. D'autant plus que, pour nous, ce dernier mandat ne constitue pas juridiquement une détention préventive, mais une simple contrainte à comparaître. « Il est impossible de confondre, comme le dit M. Laborde, l'*arrestation provisoire* qu'autorise le mandat d'amener avec la *détention préventive*. Ce mandat est un moyen de contrainte dont il peut être fait usage contre un témoin ; comment ne pourrait-on pas en user contre un inculpé ? » (1)

Lorsqu'un prévenu est arrêté pour des faits susceptibles de peines entraînant l'emprisonnement et que le juge s'aperçoit dans la suite que les faits ne donnent lieu qu'à une simple amende, il doit, comme nous l'avons vu, le remettre en liberté. Par exception, certaines contraventions d'un caractère fiscal semblent contredire cette règle si rationnelle.

46. La loi du 28 avril 1816, articles 224 et 225, prescrit de conduire les individus arrêtés pour contrebande de tabacs dans les maisons d'arrêt et de les y maintenir en vertu d'un titre de détention délivré par le magistrat compétent. Seulement, en réalité, ils y subissent non une prison préventive, mais bien, par anticipation, une contrainte par corps. Cette arrestation est la garantie du paiement de l'amende que leur infligera leur condamnation, et cela est si vrai que, lorsque le jugement intervient, ils ne sont pas relâchés et continuent à subir la con-

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 595. — *Sic* : Le Poitevin, *Dictionnaire formulaire des parquets*, v° : Presse.— Duverger, *Manuel du juge d'instruction*, t. II, p. 407. — *Contra* : Garraud, p. 520 ; F. Hélie, t. IV, p. 1957.

trainte pendant un temps proportionné à l'amende dont ils sont redevables au trésor.

La Cour de cassation avait refusé d'appliquer tout d'abord cette règle aux allumettes, prétextant qu'on ne peut étendre par analogie une disposition pénale, puis sa jurisprudence s'est fixée en sens contraire, et des lois postérieures ont étendu aux allumettes les dispositions propres aux tabacs (1).

47. Nous venons de voir que les mandats de comparution et d'amener n'avaient qu'un but : mettre l'inculpé en présence du juge. Mais, l'interrogatoire terminé, ces mandats restent sans force et c'est au magistrat à rechercher quelle suite il désire donner à la prévention. Si les réponses de l'inculpé ont dissipé ses doutes, il le maintient en liberté. Si, au contraire, ses réponses ne l'ont pas satisfait, s'il craint qu'en raison de la gravité des charges ou du peu de confiance qu'il inspire, l'inculpé ne cherche à se soustraire par la fuite, le juge d'instruction s'assurera de sa personne en délivrant contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt. Ce sont des ordres par lesquels le magistrat compétent enjoint aux agents de la force publique de saisir le prévenu, de le conduire à la maison d'arrêt et au gardien-chef de l'écrouer. Ces deux mandats, tout en ayant un fond commun, possèdent de nombreuses divergences. Donnant naissance à la prison préventive, la plus sérieuse atteinte portée à la liberté individuelle, la

(1) Loi du 28 janvier 1875, art. 3 ; loi du 16 avril 1895, art. 12-22 ; circulaire du garde des sceaux du 28 janvier 1875 et du 25 février 1896. *Id.*, ceux qui se rendent coupables de fraudes en matière d'octroi ; lois des 29 août 1831 et 24 août 1834, art. 4. *Id.* pour la fabrication et le colportage illicite de la poudre à feu ; loi du 25 juin 1842, art. 25.

loi a déterminé autant que possible les cas dans lesquels le magistrat peut les décerner.

48. L'article 94 § 1 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 14 juillet 1865, en accordant au juge d'instruction le pouvoir de laisser l'inculpé en liberté, a rendu les mandats d'arrêt et de dépôt facultatifs. Mais, si l'instruction aboutit à une incarcération du prévenu, cette dernière mesure ne pourra être prise qu'après son interrogatoire préalable. Cette garantie, essentielle pour l'inculpé, n'existait pas dans notre ancien droit. Sous l'ordonnance de 1670, on incarcérait d'abord, on interrogeait ensuite. Notre code a renversé cette procédure en faisant toujours précéder les mandats de dépôt ou d'arrêt d'un mandat de comparution ou d'amener.

En fait, lorsque le prévenu, au lieu d'obéir aux deux premiers mandats, s'est dérobé par la fuite ou même s'est enfui avant qu'un mandat ait pu être lancé contre lui, il existe une exception à la nécessité de l'interrogatoire. Rendu impossible par les circonstances, il est remplacé par une mise en demeure résultant de la signification du mandat. La fuite de l'inculpé a été considérée avec raison par le législateur comme un aveu de culpabilité : le fugitif ne mérite plus les mêmes ménagements, et il accorde au juge les moyens efficaces pour le ramener dans la main de la justice.

Souvent un interrogatoire ne suffit pas pour se faire une opinion, et l'ordre qui prive un citoyen de sa liberté ne doit être pris qu'après mûres réflexions et que sur les présomptions les plus sérieuses. Ce doit être « un acte réfléchi qui met l'inculpé sous les

verrous et le prive de sa liberté d'une manière absolue bien que préventive » (1). Il faut donc que les motifs qui rendent l'arrestation nécessaire soient basés sur une étude approfondie de l'affaire, étude qui a révélé des éléments suffisamment graves pour entacher par une incarcération l'honneur du prévenu.

Ce sera au juge de statuer. En l'occurrence, un tact parfait et une vigilance minutieuse deviendront indispensables, « car la circonspection des magistrats doit être pour tous les citoyens une sauvegarde et une garantie contre des soupçons trop légèrement conçus ou contre des désignations indiscrètes qui compromettraient mal à propos la liberté individuelle » (2).

Ainsi, il n'est pas nécessaire pour le juge de lancer les mandats de dépôt ou d'arrêt dès le début de l'instruction ; il suffira d'une décision ultérieure et point ne sera besoin d'un nouvel interrogatoire pour décerner ces mandats ; l'article 94 n'exige pas qu'il précède immédiatement leur délivrance.

Au cours de l'information, le juge d'instruction a le pouvoir de donner d'office mainlevée de ces deux mandats. Cette prérogative, rendue possible pour le seul mandat de dépôt par la loi du 4 avril 1855, a été étendue au mandat d'arrêt par la loi du 14 juillet 1865; les conclusions conformes du procureur de la République sont cependant nécessaires, mais l'inculpé peut rester étranger à cette décision qui peut être prise par le juge quelle que soit la gravité de son inculpation.

49. En présence de ces ressemblances, une

(1) Serrigny, *Droit public*, t. I, p. 350.
(2) De Serres, Circul. minist. (justice), 10 février 1819.

question se pose. Peut-on indifféremment décerner ces deux mandats l'un pour l'autre? L'affirmative paraît admise dans la pratique où l'on substitue couramment le mandat de dépôt au mandat d'arrêt. L'exécution du premier de ces mandats étant moins coûteuse que celle du second, on les assimile quant à leurs effets. Les juges d'instruction emploient le mandat de dépôt lorsqu'il s'agit de conserver un inculpé présent dans la main de la justice, réservant le mandat d'arrêt pour le cas où l'inculpé est en fuite. En recherchant le fondement juridique de ces deux mandats, nous verrons si cette interprétation est bien strictement légale.

50. Certains auteurs ont voulu conserver au mandat de dépôt le caractère provisoire qu'il tire de son origine (1). La loi du 7 Pluviôse an IX, qui l'avait créé, ne permettait de l'employer que pour opérer l'arrestation provisoire d'un inculpé qu'on voulait mettre à la disposition du juge d'instruction. « Le mandat de dépôt, dit M. Flamand, était délivré provisoirement par le substitut du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel, qui devait avertir dans les vingt-quatre heures le directeur du jury, lequel devait prendre communication de l'affaire dans le plus bref délai et lancer le mandat d'arrêt s'il y avait lieu ; le prévenu n'était pas écroué mais gardé dans une chambre particulière de la maison d'arrêt, il n'y avait là qu'une mesure provisoire. » (2)

De nos jours, retrouve-t-on cette différence entre

(1) Faustin Hélie, t. IV, p. 1966. — Trébutien, *Cours élémentaire de droit crim.*, t. II, p. 266. — Garraud, p. 521.

(2) Flamand, *op. cit.*, p. 40.

les deux mandats ? Pour soutenir l'affirmative, « il faudrait admettre, comme le dit fort justement M. Laborde, que ces mandats produisent deux sortes de détention préventive : le mandat de dépôt, une *détention provisoire ;* le mandat d'arrêt, une *détention définitive*. Or, la dernière trace de ce dualisme a disparu en 1865 (art. 94 § 3). Aujourd'hui, il n'y a de définitive que la détention préventive qui suit l'ordonnance de prise de corps (art. 126). Pendant l'instruction préparatoire la détention préventive est toujours provisoire. » (1)

M. Massabiau pense que le mandat de dépôt ne doit être décerné que contre un inculpé qui se trouve entre les mains de la justice, et le mandat d'arrêt contre un inculpé en fuite (2). Cette distinction, comme nous l'avons vu, admise dans la pratique, est en contradiction avec l'article 125 du Code d'instruction criminelle, qui autorise, dans certains cas, le juge d'instruction à délivrer un mandat de dépôt contre l'inculpé en fuite. Pour notre part, nous nous rangeons à l'opinion émise par M. Laborde : « Le mandat de dépôt doit être décerné contre un individu *interrogé*, et le mandat d'arrêt contre un individu *non interrogé*. » Ainsi s'expliquent les formalités qui précèdent le mandat d'arrêt et que l'interrogatoire rend inutiles. C'est, d'ailleurs, le sens normal de l'article 94 : « Après interrogatoire — ou en cas de fuite de l'inculpé — le juge pourra décerner un man-

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 593, note 2. — Il faut observer que la loi de 1897, parue depuis l'ouvrage de M. Laborde, a apporté une exception au caractère définitif de la détention préventive qui suit l'ordonnance de prise de corps.

(2) Massabiau, *Manuel du ministère public*, t. II, p. 2590.

dat de dépôt ou un mandat d'arrêt. Il est visible que l'article prévoit deux hypothèses et applique un mandat différent à chacune d'elles. Les textes qui prescrivent uniquement le mandat de dépôt visent un individu interrogé et ne distinguent pas s'il est présent ou en fuite (art. 100, 248, 490 ; loi du 20 mai 1863, art. 1). Ceux qui donnent le choix s'appliquent distributivement à l'hypothèse où l'inculpé a été interrogé et à celle où il ne l'a pas été (art. 125, 193, 214) ; ils confirment donc notre explication. » (1) Cette différence d'application n'est pas la seule que l'on rencontre entre les deux mandats.

D'abord, le mandat d'arrêt ne peut être délivré que précédé des conclusions du ministère public, auxquelles d'ailleurs le juge d'instruction n'est pas tenu de se conformer (art. 94 § 2 Code inst. crim.). Il doit contenir, de plus, l'énonciation du fait pour lequel il est décerné avec la citation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit (art. 96. Code inst. crim.). Ces formalités, prescrites pour le seul mandat d'arrêt, semblent bien indiquer que, dans l'esprit du législateur, le mandat de dépôt est applicable à l'inculpé interrogé et le mandat d'arrêt réservé à l'inculpé non interrogé. En effet, les individus interrogés connaîtront, du fait de leur interrogatoire, l'acte incriminé et l'article de loi qui les punit ; de telle sorte qu'on peut, pour les écrouer, utiliser sans inconvénients le mandat de dépôt. Mais, si l'on admet, au contraire, que ce même mandat puisse être lancé contre des individus non

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 593, nº 883.

interrogés, il faut reconnaître que c'est faire revivre à leur égard les anciennes lettres de cachet, puisqu'ils se verront arrêtés sans savoir les crimes ou les délits qui leur sont reprochés et les articles du Code en vertu desquels ils sont poursuivis. Par ces formalités, le mandat d'arrêt ressemble à un jugement ; il est, en outre, revêtu de la formule exécutoire et émane, comme les jugements, de la magistrature inamovible : juge d'instruction, conseiller rapporteur de la chambre des mises en accusation (art. 237), premier président (art. 490), etc..., lorsque ces magistrats remplissent, par accident, les fonctions de juge instructeur.

Pour l'exécution du mandat d'arrêt, il est attaché une prime qui n'existe pas pour le mandat de dépôt. Cette prime de capture est de 18 francs à Paris, de 15 francs dans les villes d'au moins 40.000 habitants et de 12 francs dans les villes moindres ou les communes. Enfin, la loi du 5 septembre 1816 accorde, pour le recouvrement des frais de justice, un privilège au trésor public sur tous les biens des condamnés. Ce sera la date du mandat d'arrêt qui en fixera le rang.

A l'encontre du mandat d'arrêt, le mandat de dépôt, étant un ordre pur et simple de recevoir l'inculpé dans les maisons d'arrêt et de l'y retenir, peut être décerné par les magistrats amovibles du ministère public, notamment en vertu de la loi du 20 mai 1863 sur les flagrants délits. De même, ce mandat peut être délivré par un tribunal, une cour d'appel ou une cour d'assises, soit pour délits commis à l'audience, soit pour faux témoignages, soit encore

dans le cas où le tribunal, se déclarant incompétent, renvoie l'inculpé devant le juge d'instruction.

Avant la loi du 8 décembre 1897, le procureur de la République pouvait encore décerner un mandat de dépôt en vertu de l'article 100, lorsqu'un inculpé, arrêté sous mandat d'amener, plus de deux jours après la date du mandat était trouvé hors de l'arrondissement et à plus de 5 myriamètres de la résidence du juge qui l'avait lancé. S'il refusait d'obéir à l'ordre, le procureur de la République du lieu où il se trouvait délivrait alors contre lui un mandat de dépôt. Depuis la loi de 1897, l'inculpé est bien toujours écroué à la maison d'arrêt de l'endroit de l'arrestation, mais en vertu du mandat d'amener dont les effets sont prolongés (1).

En outre, le privilège du trésor, pour une incarcération par mandat de dépôt, ne prend naissance qu'au jour de la condamnation de l'inculpé.

51. Dans la pratique, les magistrats, pour éviter les formalités longues et délicates du mandat d'arrêt, se servent le plus souvent du mandat de dépôt, qui n'exige aucune précaution spéciale. Rendu sans conclusions du ministère public, ne contenant pas l'indication du fait incriminé ni celle du texte de loi qui le punit, économisant des frais de justice, il a été peu à peu substitué au mandat d'arrêt, dont il a presque complètement pris la place.

Mais cette substitution reflète-t-elle l'esprit de la loi, et les magistrats, en choisissant de préférence le

(1) Nous retrouverons cette procédure au sujet de l'exécution des mandats.

mandat de dépôt parce qu'il est moins cher, plus simple et plus commode, ne vont-ils pas à l'encontre des garanties de l'individu ? Il est permis de le croire et de prétendre que décerner un mandat de dépôt contre un individu non interrogé, c'est faire revivre à son égard les lettres de cachet. En somme, la mission des magistrats consiste à entourer l'arrestation de toutes les sécurités légales qui sont un droit pour l'inculpé, et on ne peut nier que le mandat d'arrêt, délivré par le juge d'instruction sur les conclusions du ministère public, motivé en droit et en fait, n'offre pour le prévenu une garantie bien plus sérieuse que celle qu'il trouve dans le mandat de dépôt.

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS NÉCESSAIRES POUR LA VALIDITE DES MANDATS

52. Dans l'intérêt de la liberté individuelle, tout mandat, pour être valable, doit réunir certaines conditions de formes strictement réglementées par la loi. Quelques-unes de ces règles sont communes à toutes les espèces de mandats, d'autres sont spéciales à chacun d'entre eux.

SECTION PREMIÈRE

Règles de formes communes aux mandats

53. Tout d'abord, les mandats doivent contenir l'énonciation et la qualité du magistrat qui les délivre, afin de porter en eux-mêmes la preuve qu'ils émanent d'un fonctionnaire compétent. C'est sa signature qui donne une existence à l'acte et son sceau qui en certifie l'identité (1).

(1) Faustin Hélie, t. V., p. 1967. — Trébutien, t. II, p. 252. — Sirey, 1817-1-372.

54. Dans l'intérêt de tous et pour être pratiquement applicable, le mandat doit désigner clairement le prévenu en énonçant, si possible, ses prénoms, nom, sobriquets, profession et domicile. S'il est impossible d'énumérer ces renseignements précis, il suffira de suppléer à leur absence par une indication permettant de reconnaître l'individu afin d'éviter toute méprise aux agents de la force publique chargés de l'appréhender. La Cour de cassation a annulé plusieurs arrestations parce que le prévenu n'était pas suffisamment désigné et qu'une erreur sur la personne était possible (1). Toutefois, il a été jugé que si les autres indications dépeignaient assez nettement le prévenu, l'absence du nom n'est pas une cause de nullité ; un simple signalement détaillé ne nuirait donc pas à la validité de l'arrestation (2).

Un mandat ne peut être collectif, c'est-à-dire que si plusieurs individus sont poursuivis comme inculpés du même fait, il faudra décerner autant de mandats distincts qu'il y a de personnes compromises dans l'affaire.

55. Bien que le Code ne le dise pas d'une façon expresse, les ordres d'arrestation doivent être datés, car c'est une règle générale que tous les actes d'une procédure portent la date du jour où ils sont faits. L'article 100 du Code d'instruction criminelle le dit d'une façon implicite, lorsqu'il envisage l'hypothèse du prévenu frappé par un mandat d'arrêt plus de deux jours après la date du mandat. D'autre part,

(1) Mangin, *De l'instruction écrite*, t. I, p. 137. — Faustin Hélie, t. V, n° 1967. — Sirey, 1838-1-127.

(2) Cass. crim., 29 novembre 1833.

la date est encore nécessaire pour examiner la compétence du magistrat au moment où il a décerné le mandat et, s'il s'agit d'un mandat d'arrêt, pour fixer la naissance du privilège accordé au trésor.

56. Enfin, pour être exécutés, les mandats doivent être notifiés à l'inculpé par un huissier ou un autre agent de la force publique qui en laisse copie. Le prévenu, en examinant les motifs de son arrestation, saura si elle n'est pas arbitraire, et la liberté individuelle ne tombera pas à la merci des agents secondaires de la justice.

SECTION II

Règles de formes particulières aux mandats

57. D'autres conditions, spéciales à chaque espèce de mandat, tout en ne se trouvant pas inscrites dans la loi, n'en sont pas moins exigées. C'est ainsi que le mandat de comparution doit contenir, en plus des formalités ordinaires, l'indication du lieu, du jour et de l'heure où l'inculpé devra être interrogé. Ces renseignements ne sont plus indispensables pour le mandat d'amener, qui n'offre pas les caractères d'une simple citation, mais bien une injonction formelle aux agents de la force publique de conduire immédiatement de gré ou de force l'inculpé devant le juge d'instruction.

58. Sauf pour le mandat de comparution, qui est,

nous venons de le dire, plutôt une invitation à comparaître qu'un ordre véritable d'arrestation, les autres mandats doivent être revêtus de la formule exécutoire, pour permettre aux agents qui en sont porteurs de requérir l'emploi de la force publique lorsqu'elle devient utile à leur exécution.

59. En outre, les mandats de dépôt et d'arrêt, étant des titres de détention, contiennent ordre de conduire l'inculpé à la maison d'arrêt et injonction pour le gardien-chef de l'y recevoir et de l'y maintenir.

60. Le mandat d'arrêt doit donner mention des conclusions du procureur de la République ; il contiendra en plus « l'énonciation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou délit » (art. 96 Code d'inst. crimin.). Il est très rationnel que le juge énonce le fait qui donne lieu au mandat et cite la loi qui l'y autorise. Il est même fort juste, du moment qu'il se propose de réclamer des explications à l'inculpé sur un fait précis, de l'avertir sur quel point portera l'interrogatoire, de façon à ce que ce dernier puisse préparer sa défense dès le début de l'inculpation. « Une législation, dit M. Mangin, qui permet d'arrêter et de retenir un individu sans que l'acte qui le prive de sa liberté l'instruise du fait qui lui est imputé est véritablement une législation oppressive. Elle place les citoyens dans l'impossibilité de réclamer contre leur arrestation, elle commet un attentat contre la liberté. »

61. Pour le mandat d'arrêt, la désignation des faits incriminés et de la loi qui autorise la détention préventive est nécessaire ; cela ne saurait faire de doute,

l'article 96 du Code d'instruction criminelle étant formel. Mais les mandats d'amener et de dépôt ne doivent-ils pas aussi remplir cette formalité ? L'affirmative est vivement soutenue par M. Faustin Hélie. « La jurisprudence des juges a généralement substitué irrégulièrement dans la pratique le mandat de dépôt au mandat d'arrêt. Il en résulte que le mandat de dépôt a changé de caractère, qu'il a cessé d'être un mandat provisoire, une mesure temporaire, pour devenir un mandat définitif qui a pris le caractère comme la mission du mandat d'arrêt. Or, de là, ne faut-il pas conclure que, dès qu'il est devenu le titre unique d'une détention, il doit contenir les énonciations prescrites par la loi et qui n'ont été restreintes au mandat d'arrêt que parce que le mandat d'arrêt devait seul exercer cette fonction ? Ne faut-il pas conclure que ce n'est pas là seulement une faculté pour le juge, mais une obligation formelle, puisqu'il ne lui appartient pas, même dans les vues d'économie ou d'accélération de la procédure, de supprimer les garanties que la loi a voulu assurer aux personnes arrêtées ? » D'autres auteurs ont encore voulu étendre ces formalités au mandat d'amener.

Il est certain que ces théories ont pour elles la pratique de notre ancien droit. L'ajournement personnel ordonnant une arrestation devait contenir le titre d'accusation. La même disposition est encore prescrite par l'article 77 de la constitution du 22 Frimaire de l'an VIII, d'où notre Code d'instruction criminelle l'a puisée pour en faire l'article 615. Or, il résulte des travaux préparatoires du Code et de la discussion sur l'article 615, que l'on a voulu

maintenir cette formalité (1). Sans se baser sur des arguments historiques, on peut même faire valoir, en faveur de la nécessité de l'énonciation du fait et de la citation de la loi, certains arguments tirés des textes. C'est ainsi que l'ancien article 100 § 2 du Code d'instruction criminelle fait supposer ces énonciations dans le mandat d'amener, puisque pour l'exécution de ce mandat, dans les hypothèses prévues par cet article, il faut au procureur de la République la connaissance des faits reprochés au prévenu.

Cependant, nous ne pouvons partager cette opinion, car l'article 96 est, en effet, conçu en des termes restrictifs et trop catégoriques : il vise le mandat d'arrêt et lui seul. Si le législateur avait voulu exiger cette énonciation supplémentaire pour les mandats de dépôt et d'amener, il n'aurait pas manqué d'étendre sa disposition. Au sujet de l'article 615, il est fort possible qu'on voulut conserver le principe lors de sa discussion ; mais, par la suite, on introduisit, relativement à certains mandats, des modifications que nous allons faire connaître.

L'article 77 de la constitution de l'an VIII visait trois points : motifs de l'arrestation et citation de la loi, compétence du fonctionnaire et notification à la personne de l'inculpé. Dans la rédaction définitive, la compétence et la notification ont été prévues par d'autres textes et l'article 96 a exigé pour le seul mandat d'arrêt les motifs de l'arrestation et la citation de la loi. De même, en observant de plus près les travaux préparatoires, nous voyons qu'on déclara,

(1) Carnot, *Instruct. crim.*, t. II, p. 405, 411 et 419.

lors de la discussion au Conseil d'Etat, que la constitution de l'an VIII ne conservait d'autorité que pour les cas non réglementés par le Code. Or, dans notre hypothèse, le législateur a statué formellement dans l'article 96 et il est impossible d'invoquer la constitution. Quant à l'argument tiré de l'article 100, c'est une simple cause d'utilité pratique qui oblige à rechercher la connaissance des faits incriminés pour savoir s'ils s'appliquent bien à l'inculpé. Mais, cette question d'utilité ne se trouve en rien corroborée par les textes. Nous croyons donc que l'article 96 ne vise uniquement que le mandat d'arrêt et qu'il est difficile d'étendre ses prescriptions aux mandats d'amener et de dépôt. Certains auteurs vont même jusqu'à dire qu'elles ne devraient jamais avoir lieu dans ces deux derniers mandats ; nous pensons que ces citations sont toujours facultatives pour le juge d'instruction, qui cherchera dans son équité les règles qu'il doit suivre.

62. Telles sont les formes principales auxquelles sont soumis les mandats. Edictées pour garantir l'individu, leur violation doit donner lieu à de sévères sanctions dont certaines sont énumérées par l'article 112 : « L'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt sera toujours punie d'une amende de 50 francs au moins contre le greffier et, s'il y a lieu, d'injonction au juge d'instruction et au procureur de la République, même de prise à partie s'il y échet. » Il est bien certain que le greffier n'est punissable que pour les mandats irréguliers auxquels il a concouru. La responsabilité de ceux qu'il n'a ni

écrits, ni signés, retombe tout entière sur le juge d'instruction et sur le procureur de la République. Ce dernier magistrat doit donc, dans son intérêt, examiner le mandat pour s'assurer de sa régularité, le faire rectifier si possible, et, afin de dégager sa responsabilité, s'opposer à son exécution si le juge ne consent pas à le modifier ou à le compléter.

63. L'amende contre le greffier, les injonctions et la prise à partie contre le juge et le procureur sont-elles des obstacles à ce que le prévenu, dans l'intérêt de sa défense, y fasse opposition ; en d'autres termes, l'inobservation des formalités prescrites par la loi entraîne-t-elle la nullité des mandats? Sur ce point la loi est muette et son silence a donné naissance à de vives controverses. Certains auteurs (1) font remarquer que le législateur, non seulement n'a pas édicté de nullités en cette matière, mais que, dans la séance du 24 juin 1808, lors de la discussion des articles 118 et 119 du projet qui correspondent aux articles 95 et 96 actuels, on supprima la disposition qui frappait de nullité les mandats ne satisfaisant point aux prescriptions de la loi.

Mais, il faut reconnaître que la majorité des auteurs déclare (2) que les sanctions de l'article 112 ne sont pas une raison pour couvrir la nullité de l'acte et qu'il est certaines formalités essentielles,

(1) Bourguignon, *Manuel d'instruction criminelle*, t. I, p. 225. — Mangin, *op. cit.*, t. I, n° 139.— Dalloz, *Répertoire : mandat*, n° 650.

(2) Faustin Hélie, t. IV, n° 1971. — Laborde, n° 1034. — Boitard, *Leçons de droit criminel*, n° 614. — Duverger, *op. cit.*, t. II, n° 396. — Garraud, n° 456, p. 595. — Sarrante, *Manuel théorique et pratique du juge d'instruction*, n° 505. — Carnot, t. I, p. 404. — Legraverend, *Législation criminelle en France*, t. I, p. 334.

telles que la compétence du magistrat mandant, sa signature, la désignation de l'inculpé et, s'il s'agit du mandat d'arrêt, les conclusions du ministère public, les motifs de l'arrestation et le texte de loi qui l'autorise, sans lesquelles le mandat ne peut avoir d'existence. Ces jurisconsultes basent leur conviction sur l'article 609 et sur l'article 615 du Code d'instruction criminelle reproduisant la constitution du 22 Frimaire an VIII. Or, l'article 77 de cette constitution, en indiquant les formes des mandats d'arrestation, défendait leur exécution lorsqu'ils n'étaient pas conformes aux règles prescrites, et l'article 609 déclare que : « Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir, ni retenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi..... » Prétendre, comme l'article 77 de la Constitution de l'an VIII, que les mandats irréguliers ne devront pas être exécutés, ou dire, comme l'article 609, que le gardien qui recevra une personne en vertu de mandats irréguliers sera puni pour détention arbitraire, n'est-ce pas déclarer d'une façon expresse la nullité des mandats qui ne satisfont pas aux prescriptions de la loi ?

La jurisprudence a heureusement sanctionné cette opinion tout en faveur de la liberté individuelle. La Cour de cassation a déclaré « que, d'après l'article 4 de la charte constitutionnelle, l'article 77 de la loi du 22 Frimaire an VIII et l'article 609 du Code d'instruction criminelle rapprochés des articles 95 et 96 de ce Code, les formalités prescrites par ces

deux derniers articles pour les mandats sont substantielles à ces actes et que leur omission doit conséquemment en faire prononcer la nullité, quoique le Code d'instruction criminelle ne l'ait pas expressément ordonné » (1).

64. Lorsqu'il y aura lieu de prononcer cette annulation des mandats pour violation de formes, qui pourra faire cette opposition ? Il est certain que le prévenu ne peut attaquer le mandat par voie d'opposition devant la Chambre des mises en accusation, parce qu'aux termes limitatifs de l'article 135 § 3, le prévenu ne peut faire opposition aux ordonnances du juge que lorsque sa mise en liberté provisoire lui est refusée (art. 119) ou qu'il a excipé de l'incompétence du juge d'instruction et que ce dernier, passant outre, s'est déclaré compétent (art. 539). Il est également certain que l'article 12 de la loi de 1897 n'a modifié en rien les dispositions restrictives de cet article 135 (2), et, qu'il s'agisse des nullités antérieures à cette loi ou qu'il s'agisse même des nullités édictées par elle, l'inculpé d'abord, le prévenu ensuite, ne peuvent, « entre la date de l'ouverture de l'information et l'appel de la cause à l'audience correctionnelle, mettre en mouvement, eux-mêmes et par leur initiative personnelle, la chambre des mises en accusation pour la saisir de la connaissance des vices pouvant affecter l'information préalable »(3).

(1) Cass. crim., 5 septembre 1817. D. R. A. V° Instruction criminelle, n° 650.

(2) Cass., 17 novembre 1900. *Journ. des parquets*, 1901-2-65.

(3) Attalin, *Rapport sur l'arrêt précité.*

Mais les auteurs et la jurisprudence (1) admettent qu'il peut demander au tribunal correctionnel devant lequel il est envoyé, de prononcer la nullité des actes de l'instruction préparatoire pour violation des nouvelles formes prescrites par la loi de 1897. Pourquoi ne prétendrait-on pas alors qu'il peut user de cette voie de droit pour faire annuler n'importe quel acte de l'instruction préparatoire (et naturellement tous les actes postérieurs qui se rattachent à l'acte nul) dans lequel une formalité substantielle a été omise ? Cette voie de recours paraît d'autant plus accessible que la Cour de cassation a décidé que l'article 12 de la loi de 1897 n'était pas limitatif (2).

Une demande en nullité de mandat ne peut pas être opposée pour la première fois devant la Cour de cassation (3).

(1) C. Paris, 7 avril 1898. *Gaz. des tribun.*, 27 avril, 2e espèce. — C. Rennes, 19 janv. 1898. *Gaz. des tribun.*, 22 janv. — Cass., 11 février 1898, motifs de l'arrêt. *Gaz. des tribun.*, 9 mars. — Dijon, 15 mai 1902. *Rev. pénit.*, 1902, 1189. — Garraud, 7e édition, 487. — Le Poittevin, *op. cit.*, 98-1-97.

(2) Cass., 4 février, 19 mars, 25 juin 1898. *Rev. pénit.*, 1902, p. 409.

(3) Cass. crim., 1er déc. 1887. D. P. 88-1-89.

CHAPITRE III

DES FONCTIONNAIRES AUTORISÉS A ORDONNER OU A OPÉRER UNE ARRESTATION

65. La loi désigne sous le nom d'officiers de police judiciaire les fonctionnaires investis du droit d'arrestation en tant que mesure d'instruction et les énumère dans l'article 9 du Code d'instruction criminelle, savoir :

1° Les gardes champêtres et les gardes forestiers ;

2° Les commissaires de police ;

3° Les maires et les adjoints des maires ;

4° Les procureurs de la République et leurs substituts ;

5° Les juges de paix ;

6° Les officiers de gendarmerie ;

7° Les commissaires généraux de police ;

8° Les juges d'instruction.

66. Les commissaires généraux de police, placés dans les villes de 100.000 habitants et au dessus, investis par le consulat d'attributions très importantes, ont été supprimés par le décret du 28 mars 1815. Quant aux autres agents, leurs pouvoirs ne sont pas identiques, et on peut les classer en quatre grandes divisions :

1° Les officiers supérieurs de la police judiciaire, comprenant : le juge d'instruction et le procureur de la République, auxquels il faut joindre, en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, — car ils en ont les fonctions sans en avoir le titre — les préfets des départements et le préfet de police à Paris ;

2° Les officiers auxiliaires du procureur de la République, qui sont : les juges de paix, officiers de gendarmerie, maires et adjoints, commissaires de police (articles 46, 50) ;

3° Les officiers inférieurs : commissaires de police, maires et adjoints, gardes champêtres et gardes forestiers ;

4° Les agents spéciaux adjoints à la police judiciaire. Le principal rôle de ces agents est de concourir à l'arrestation en prêtant main-forte aux agents de la police judiciaire, dont ils ne font pas partie. Ce sont : les gendarmes, les douaniers, les agents de police, les officiers et soldats de l'armée, etc...

Le procureur général, ayant haute juridiction sur la police judiciaire, surveille les officiers énumérés par l'article 9 et provoque leur action (art. 9 et 279).

67. L'officier de police par excellence est le juge d'instruction, ainsi nommé par le Code de 1808 qui lui attribua une partie des fonctions de l'ancien directeur du jury d'accusation. C'est, en règle générale, à ce magistrat seul qu'appartient le droit de décerner un mandat et d'opérer une arrestation. Toutefois, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs d'instruction et de poursuite, le magistrat instructeur ne peut commencer une information qu'après

un réquisitoire écrit du procureur de la République.

En dehors du ministère public, le juge peut être saisi par la partie lésée. C'est aujourd'hui l'opinion courante ; c'est, d'ailleurs, la seule qui puisse établir une distinction judiciaire entre le plaignant qui se borne à dénoncer le fait et celui qui déclare, en outre, se constituer partie civile. Cette opinion se fonde sur les précédents historiques et sur les textes. La plainte simple ne suffirait pas, mais la constitution de partie civile porte l'action civile devant la juridiction d'instruction et la saisit par contre-coup de l'action publique (arg. art. 3 et 182) (1).

Une fois saisi, le juge est seul compétent pour diriger à son gré l'instruction. Son pouvoir discrétionnaire l'autorise à décerner des mandats de toute nature sauf certaines restrictions accordées à la garantie individuelle, comme celle d'entendre le procureur de la République avant la délivrance du mandat d'arrêt. Enfin, en cas de flagrants délits ou de faits assimilés aux flagrants délits, ce magistrat peut se saisir d'office sans réquisitoire introductif.

68. Une question très controversée est celle de savoir si un juge instructeur peut déléguer à un autre juge le droit de décerner un mandat. Pour les mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt, aucun doute ne paraît possible. Les articles 83 et 84 enlèvent implicitement aux magistrats le pouvoir de déléguer les actes qu'ils accomplissent en tant que juridiction, et l'article 283 est formel pour interdire cette délégation. Si l'on comprend à merveille que le juge

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 573 et suiv., nos 853, 854 et la note.

délègue des actes d'instruction, on ne saurait concevoir qu'il puisse se décharger de ses attributions juridictionnelles qui, telles que la délivrance des mandats, supposent une appréciation particulière. Mais, juridiquement, l'article 283 n'exceptant que les trois mandats cités, s'ensuit-il que le droit de décerner des mandats de comparution soit compris dans le refus de la délégation? Il semble bien, si on ne s'attache qu'à la lettre de l'article 283, que ce droit puisse être délégué. Cependant, l'opinion contraire a été fréquemment soutenue.

La Cour de Douai, statuant sur la question, s'est prononcée contre la délégation en déclarant que l'article 283 n'avait que des dispositions énonciatives et non restrictives, que les mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt sont des actes de juridiction et que le juge d'instruction ne peut par une commission rogatoire en déléguer l'exercice. On ajoute que l'on ne peut distinguer entre le mandat de comparution et les autres mandats, car, d'après l'article 91, le juge qui l'a décerné peut, si la présence fait défaut, délivrer un mandat d'amener.

Enfin, un autre motif vient soutenir cette jurisprudence. Se basant sur l'article 98, qui rend le mandat de comparution exécutoire comme les autres mandats dans toute l'étendue du territoire, on soutient que le législateur n'a pas entendu qu'ils puissent être délégués, car, par le fait même, la délégation rendrait inutile l'exécution prescrite par la loi dans le territoire entier (1).

(1) Douai, 24 juillet 1835. *Journal de Droit Criminel*, VII, 224.— Faustin Hélie, t. V, p. 772. — Mangin, t. I, n° 25. — Massabiau, n° 1678. — Cassaroles, *Guide pratique du Juge d'instruction*, p. 427.

Cependant, malgré ces raisons, nous n'hésiterons pas à nous ranger à l'avis contraire. L'objection tirée de la nature même du mandat est peu importante, et cette délégation n'a pas la gravité qu'on semble lui attacher. De même, par le fait que le mandat est exécutoire dans toute la France, on ne voit pas trop comment cette circonstance implique le refus d'une délégation. Le mandat de comparution n'est qu'une sorte de citation plus autoritaire que les citations ordinaires. Or, « du moment qu'on délègue l'interrogatoire, il faut bien admettre que cette délégation emporte celle du moyen pratique d'y procéder, sinon il faudrait restreindre la délégation de l'interrogatoire à l'hypothèse où l'inculpé est détenu » (1).

69. Si, en règle générale, le juge d'instruction est le seul fonctionnaire qui puisse délivrer des mandats d'amener, de dépôt ou d'arrêt, il existe néanmoins des exceptions à cette règle. Les procureurs de la République peuvent, dans certains cas particuliers, décerner des mandats. Ce droit résulte pour eux de dispositions du Code d'instruction criminelle et de la loi de 1863 sur les flagrants délits. En cas de délit flagrant ou réputé flagrant, le principe de la séparation des pouvoirs d'instruction et de poursuite n'est plus appliqué. La facilité de l'arrestation et la nécessité d'empêcher les preuves de disparaître rendent utile la saisie immédiate du coupable.

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 616, n° 930. — *Sic* : Carnot, t. II, p. 196. — Duverger, t. II, p. 363, 365, 372. — Dutruc, n° 12, p. 43. — *Journal du minist. public*, IV, p. 51. — Dalloz, v° : *Inst. Crim.*, n° 578. — Delamorte-Félinies, *Manuel du Juge*, p. 257. — Cass., 6 mars 1841 (Bull. 56).

70. Quand y a-t-il flagrant délit ?

Le délit est réputé flagrant lorsqu'il se commet actuellement ou vient de se commettre. La loi y assimile le cas où l'individu est poursuivi par la clameur publique, celui où il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit (art. 41). Enfin, est assimilé au flagrant délit le cas où le chef d'une maison dans laquelle a été commis un crime ou un délit requiert le procureur de la République de le constater (art. 46).

Treilhard, dans l'exposé des motifs du Code d'instruction criminelle, a indiqué les attributions exceptionnelles du procureur en face d'un flagrant délit. « Le ministère du procureur impérial, disait-il, ne se borne pas à la recherche et à la poursuite des crimes ; il est chargé aussi de les constater par lui-même dans le cas de flagrant délit. Aussitôt qu'il a l'oreille frappée d'un crime qui se commet actuellement, il doit sans aucun retard se transporter sur le lieu, dresser tous les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état et l'état des lieux. C'est dans ce premier instant surtout qu'on peut saisir utilement tous les indices. Le procureur impérial doit recevoir les déclarations des personnes présentes ou qui peuvent lui donner quelques renseignements ; il appelle les parents, voisins, domestiques, tous ceux enfin qu'il présume en état de lui faire des déclarations utiles, il peut défendre que qui que ce soit s'éloigne du lieu avant la clôture du procès-verbal, il saisit tout ce qui peut avoir servi à commettre le crime, ou tout ce qui en est le produit;

il peut même se transporter dans le domicile du prévenu pour y faire la perquisition des papiers et autres objets qu'il juge nécessaires *pour faire saisir les prévenus, s'ils sont présents, ou pour les faire amener devant lui, s'ils sont absents,* et rien de ce qui peut servir à préparer la conviction du coupable ne lui est interdit. » De ces nombreuses attributions, nous ne retiendrons seulement que le pouvoir d'arrêter l'inculpé, en remarquant que cette faculté accordée aux magistrats du parquet constitue un acte de poursuite, une véritable délégation de poursuite, qu'il faut se garder de confondre avec le droit qu'ont les dépositaires de la force publique, gardes champêtres ou même simples citoyens, de mettre un individu à la disposition de l'autorité judiciaire.

71. C'est donc un droit pour le procureur de la République de décerner parfois des mandats d'amener, et ce droit découle des termes de l'article 40 du Code d'instruction criminelle, qui en subordonne l'exercice à trois conditions :

1° Il faut que ce magistrat se trouve en présence d'un flagrant délit ou d'un cas assimilé au flagrant délit.

2° Qu'il s'agisse d'un fait paraissant de nature à entraîner une peine criminelle. Cette appréciation pouvant être difficile au premier abord, la pratique et la jurisprudence autorisent le procureur à agir comme s'il y avait *crime flagrant*, lorsque les circonstances sont telles qu'il peut y avoir des doutes sur la nature de la peine à appliquer (1).

(1) Dalloz, v° Rébellion. Instr. crim., n° 358 ; Crim. rejet, 30 mai 1863. — Laborde, *op. cit.*, n° 1038. — Garraud, *Précis*, p. 611. — Trébutien, n° 437.

3° Il faut enfin qu'il y ait contre l'inculpé de *graves indices* de culpabilité. Prescription très sage si l'on songe que le procureur de la République a été très rarement le témoin du flagrant délit et qu'il ne reconstitue ce qui s'est passé que d'une manière indirecte par les éléments d'investigation que la loi lui procure. Aussi, l'article 40 § 3 prend-il soin de rappeler que « la dénonciation seule ne constitue pas une présomption suffisante pour décerner cette ordonnance contre un individu ayant domicile ».

72. Dans les mêmes hypothèses et envisagés comme ses officiers auxiliaires, ce même droit appartient aux juges de paix, officiers de gendarmerie, maires, adjoints et commissaires de police. Toutefois, il ne s'agit pour eux que d'un droit de saisie-arrestation et non d'une arrestation-détention semblable à celle qui est ordonnée par le procureur de la République.

73. Tel était le système du Code. La loi du 20 mai 1863 sur les flagrants délits est venue modifier profondément la matière. Cette loi a considérablement étendu les pouvoirs du procureur en lui conférant le droit d'arrestation pour des faits susceptibles d'entraîner une simple peine correctionnelle et en ne l'obligeant plus de renvoyer, après les premières constatations, l'individu surpris en flagrant délit devant le juge d'instruction. Désormais, ce magistrat peut traduire de lui-même et sur-le-champ un inculpé à l'audience du tribunal en décernant contre lui un mandat de dépôt dont les effets dureront vingt-quatre heures. Dans ce délai, le prévenu doit comparaître à une audience et, au plus tard, le lende-

main. Lorsqu'à cette première comparution le tribunal juge le prévenu et qu'il est intervenu un jugement de relaxe ou une condamnation pécuniaire, la prison préventive prendra fin immédiatement (art 106 Code inst. crim.). S'il intervient, au contraire, une condamnation à l'emprisonnement ou un renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, le tribunal pourra ordonner la mise en liberté, soit, dans le premier cas, en imputant la détention préventive sur la peine prononcée, soit, dans le second, en accordant la liberté provisoire (art. 24 Code pénal ; art. 5 loi du 20 mai 1863).

Dans le délai de vingt-quatre heures qui lui est accordé pour saisir le tribunal correctionnel, le procureur de la République peut encore renoncer à cette procédure rapide et rendre la liberté au prévenu en le faisant citer au délai ordinaire de trois jours francs (art. 184) devant le tribunal, ou requérir l'ouverture d'une instruction préparatoire, en mettant l'inculpé en état d'arrestation à la disposition du juge d'instruction (1).

Il est regrettable que les prescriptions de l'article 9 de la loi de 1897, autorisant la présence d'un défenseur aux côtés de l'inculpé pendant son interrogatoire devant le juge d'instruction, ne s'appliquent pas à l'interrogatoire auquel doit procéder le procu-

(1) La loi de 1885 interdit de faire juger en flagrant délit les relégables, et des circulaires du ministère de la justice prescrivent aux parquets d'ouvrir une information régulière dans toutes les poursuites intéressant des mineurs de 16 ans. Le but de ces restrictions se comprend de lui-même.

Art. 7, loi de 1863 : « La présente loi n'est point applicable aux délits de presse, aux délits politiques ni aux matières dont la procédure est réglée par des lois spéciales. »

reur de la République en vertu de la loi de 1863 et dont les résultats peuvent être accablants à l'audience; il y a certainement là une lacune de la loi, atténuée, il faut le reconnaître, par le peu d'importance que comportent ordinairement les faits incriminés (1).

Si le prévenu est envoyé à une audience ultérieure, il est incontestable cependant que l'interrogatoire sera une garantie contre l'arbitraire de l'arrestation. Mais, dans la pratique, on ne semble pas entourer cette institution libérale de toute la faveur qu'elle mérite et l'on cherche plutôt à tourner les dispositions de la loi qu'à garantir la liberté individuelle. A ce propos même, un débat assez vif s'engagea à la Chambre des députés lors de la discussion de la loi de 1897, et, faisant allusion aux coutumes suivies, M. Julien Goujon s'exprima en ces termes : « Le lendemain, à la première audience, que ce soit une audience criminelle ou une audience civile, le procureur s'adresse aux magistrats qui composent le tribunal et leur demande purement et simplement, sans aucune espèce de discussion, de confirmer le mandat de dépôt. » (Art. 5 de la loi de 1863.) La loi est ainsi respectée : l'inculpé reste détenu, le tribunal a été saisi, le mandat de dépôt a été confirmé explicitement ou tacitement par le silence du tribunal sur la mise en liberté provisoire. Incontestablement la loi est donc respectée, mais la liberté individuelle ne l'est pas. Si la loi est appliquée dans ses termes, elle est violée dans son esprit, car une telle pratique est contraire aux

(1) Voir article de MM. Jean Brégeault et Louis Albanel : *Lois nouvelles*, 1898, p. 49. — V. Cass., 12 mars 1898, aff. Fillon. S., 99-1-297.

garanties qu'elle s'est efforcée d'accorder aux prévenus.

Toutefois, nous devons ajouter qu'on s'est ému en haut lieu d'une telle situation, et qu'une note de service, adressée par le procureur de la République de la Seine aux membres du petit parquet (1), semble vouloir réagir contre de semblables errements : « Les individus arrêtés ne seront poursuivis en flagrant délit qu'autant que les renseignements nécessaires les auront accompagnés ou auront pu être réunis le jour même. » Malheureusement, cette simple note, qui indique une tendance, n'a pas eu la puissance de supprimer d'aussi anciens et déplorables abus (2).

74. En plus du juge d'instruction et du procureur de la République, le Code d'instruction criminelle prévoit certaines hypothèses où d'autres autorités sont investies du droit d'arrestation par mandat. Les articles 235 et 236 du Code d'inst. crim. donnent à la Chambre d'accusation, régulièrement saisie par l'ordonnance de transmission, le droit d'étendre la poursuite soit à de nouveaux inculpés, soit à de nouveaux faits. Dans ce cas, elle charge un de ses membres de remplir les fonctions de juge d'instruction, et il peut décerner tous les mandats nécessaires.

L'article 193 attribue au tribunal correctionnel qui reconnaît que les faits dont il est saisi sont passibles de peines afflictives ou infamantes, le droit de délivrer contre le prévenu un mandat de dépôt ou

(1) 11 décembre 1897.

(2) Voir les pratiques illégales de la loi de 1863 signalées par M. Laborde, *op. cit.*, p. 613, note 1.

d'arrêt et de le renvoyer devant le juge d'instruction compétent.

L'article 214 accorde le même droit à la Cour d'appel jugeant correctionnellement.

Si une cour ou un tribunal rencontre dans l'étude d'un procès, même civil, des indices sur un faux et sur la personne qui l'a commis, le ministère public ou le président peuvent décerner un mandat d'amener en transmettant les pièces au procureur général compétent (art. 462). Le mandat d'amener est un moyen de coercition employé contre le témoin qui refuse de comparaître devant une juridiction pénale (art. 80, 257, 189, 269). Dans ce cas, il est décerné par le magistrat qui préside la juridiction ou qui, à lui seul, la constitue. La loi paraît avoir hésité à donner son vrai nom à cet ordre d'arrestation.

Le président des assises peut délivrer contre un accusé acquitté tous les mandats nécessaires : de comparution, d'amener, d'arrêt et même de dépôt (bien que le texte ne le mentionne pas), lorsqu'au cours des débats on a découvert contre ce dernier la preuve d'un nouveau crime ou délit (art. 361).

Pour les infractions d'audience, toutes les fois qu'il y a crime ou délit autorisant la détention préventive, la juridiction qui siège peut décerner un mandat de dépôt, quelque parti qu'elle prenne. Ce mandat est même obligatoire si elle juge immédiatement un crime (art. 91., proc. et arg. de l'art. 232) [1].

Enfin, il suffit de rappeler que les immunités de juridiction entraînent un déplacement des fonctions

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 999.

du juge d'instruction et que les autorités chargées de faire ces informations exceptionnelles, décernent des mandats de même nature que ceux que la loi met à la disposition du juge d'instruction. (Art. 480, 484, 487, 496, 498, 502 Code d'inst. crim. — Loi du 10 avril 1889 sur la Haute Cour de justice.)

75. Les mandats d'arrestation étant essentiellement des actes d'instruction, il semble que leur délivrance dût être une attribution exclusive des membres de l'ordre judiciaire compétents pour ouvrir ou conduire une instruction. Cependant, l'article 10 du Code d'instruction criminelle, par suite d'une confusion de pouvoirs qui offre plus d'inconvénients que d'avantages, a accordé aux préfets des départements et au préfet de police à Paris, le droit, chacun en ce qui les concerne, de requérir les officiers de police judiciaire et de faire personnellement tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs à la justice (1).

A ne considérer que la réquisition des officiers de police judiciaire par l'autorité administrative, le droit des préfets ne paraîtrait pas exorbitant. Il est tout naturel que les fonctionnaires placés à la source des renseignements et chargés de veiller au maintien de l'ordre public aient le pouvoir d'intervenir pour faire ouvrir des poursuites sur les faits délictueux portés à leur connaissance. Mais, l'autorité administrative devrait être limitée à ce simple rôle de réquisition :

(1) Voir Société des prisons, *Revue pénitentiaire* 1901 : Procès-verbal de la séance du 20 janvier. — Henri Coulon, *Article 10 du Code d'instr. crim., son abrogation urgente.* — Garçon : Soc. des pris., *Revue pénitentiaire* 1901, p. 443.

en avertissant l'autorité judiciaire qu'un crime ou délit a été commis, son dessaisissement devrait avoir lieu de plein droit (1).

La faculté accordée aux préfets de faire personnellement les actes de la compétence ordinaire des officiers de police judiciaire, semble absolument surprenante si l'on ne fait remonter cette anomalie à des considérations complètement étrangères aux conceptions doctrinales de la séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs. Nous avons vu que la solution du problème de la liberté individuelle résulte de l'accord des droits de l'individu et des droits du corps social. Le corps social est représenté par un état politique issu, non de l'unanimité, mais de la majorité des citoyens. Or, le plus souvent, les gouvernements qui se sont succédé ont eu pour principale occupation, non de protéger la masse des citoyens, mais de défendre leur propre conservation, et c'est par une mesure plus politique que judiciaire que l'article 10 a été inscrit dans nos lois.

Cette disposition est due à l'initiative de Napoléon I[er], qui, pour servir son gouvernement autocratique, plaça dans les mains de ses préfets cette arme puissante de défense et d'attaque. Sa nécessité politique paraît jugée par l'opinion publique, dont M. Garçon se fait l'écho en disant : « Je ne connais pas deux justices : une justice de droit commun et une justice politique. Il n'y en a qu'une seule..... et je ne veux pas mieux comprendre cette utilité dans les affaires politiques que dans les affaires de droit

(1) Voir circulaires ministérielles. Justice, 12 mars 1812, 2 mars 1816, 31 juillet 1827. — Duverger, *loc. cit.*, t. I, p. 85.

commun. Je ne veux pas comprendre pourquoi les citoyens seraient moins bien garantis si on les accuse de conspirer, que si on les accuse d'assassinat. Je ne dis pas qu'ils doivent l'être plus, mais ils doivent l'être de la même manière. Cependant, si vous voulez toute ma pensée, j'ajouterai que c'est surtout en matière politique que les garanties sont nécessaires, parce que l'histoire enseigne que c'est surtout pour eux que l'on est tenté de violer la liberté. » (1)

Il est certain que, par le fait même des dispositions de l'article 10, la liberté individuelle a reçu une profonde atteinte. Si l'on songe que cette liberté ne doit être limitée que par la justice et que l'autorité judiciaire doit être, dans un pays qui se prétend libre, le seul juge compétent pour rechercher, réprimer les délits en déterminant leur gravité par les circonstances dans lesquelles ils ont été commis, on ne comprend plus l'immixtion d'agents politiques, qui ne présentent pas les mêmes garanties pour les individus. La loi a pris soin, en effet, d'accorder aux membres de l'autorité judiciaire une indépendance qui n'a d'autre but que la sauvegarde des intérêts de tous et qu'il est impossible d'attendre de fonctionnaires politiques, qui ne sont même pas officiers de police judiciaire et qui échappent par ce fait au contrôle des Cours d'appel.

Des auteurs, considérant les travaux préparatoires du Code de 1808 (2), ont soutenu que c'est en vue du

(1) Procès-verbal de la séance de la société des prisons du 20 janvier 1901. *Revue pénitentiaire*, p. 452-453.

(2) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXV, p. 102 et suiv. — Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. II, n° 533. — *Sic* : Duverger.

cas de flagrant délit que l'article 10 a été introduit dans nos lois et que l'exercice des pouvoirs anormaux des préfets a été réservé à cette hypothèse particulière. Cette interprétation n'a pas prévalu en doctrine, car le texte ne fait aucune distinction et la jurisprudence, au contraire, subissant l'influence d'un gouvernement autoritaire, a décidé à maintes reprises que le préfet de police à Paris et les préfets des départements pouvaient, en présence d'un délit flagrant ou non, se saisir eux-mêmes et faire tous les actes d'instruction (1) : constatations, perquisitions, saisies (2), expertises, enquêtes, interrogatoires, délivrance de mandats. Mais, où les avis diffèrent, c'est lorsqu'il s'agit de déterminer le genre de détention que le préfet peut imposer à l'inculpé. Les uns l'autorisent seulement à le placer sous mandat d'amener (3); d'autres sous mandat d'amener ou de dépôt (4) ; d'autres encore ne font, avec raison à notre avis, aucune distinction (5).

Certaines restrictions, toutefois, sont apportées aux prérogatives des préfets. Lorsque ce fonctionnaire a terminé son instruction, s'il croit devoir sanctionner la poursuite, il ne pourra saisir directement les tribunaux et devra, pour ce faire, requérir les magistrats compétents. De plus, d'après l'article 10, les pouvoirs du préfet sont personnels et ne

(1) Cass., 21 novembre 1853. D., 1853. — 1-122-279, aff. Coëtlogon. — Cass., 16 août 1862. S., 63-2-221. — Cass., 19 janvier 1866. S., 66-1-87. — Lyon, 23 juillet 1872. D., 1874-1-201.

(2) Sur le caractère des saisies opérées par le préfet en vertu de l'article 10 : Tribunal des conf., 23-25 mars 1889. *Gaz. Trib.*, 24-26 mars 1889.

(3) Trébutien, Mangin, *op. cit.*, t. I, n° 135.

(4) Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 21.

(5) Laborde, *op. cit.*, p. 553, note 2. — Boitard, *op. cit.*, n° 53.

peuvent être délégués aux officiers de police qu'il requiert, ou, tout au moins, ces officiers ne peuvent agir que dans les limites que la loi leur assigne (1). Enfin, le rôle du préfet semble subsidiaire, c'est-à-dire que, s'il peut opérer concurremment avec les juges de paix, officiers de gendarmerie et autres auxiliaires, il doit se dessaisir dès qu'il se trouve en présence d'un officier supérieur de police : le procureur de la République ou le juge d'instruction.

Il n'est pas surprenant qu'en face d'un texte légitimant de semblables abus, l'exposé des motifs du projet de réforme du Code d'instruction criminelle conclue avec raison à la suppression du droit d'instruction accordé aux préfets des départements. Cependant, pour des raisons de nécessités spéciales et d'organisation particulière, le projet maintenait les attributions du préfet de police. Il est incontestable, en effet, que la ville de Paris se trouve dans une situation particulière au point de vue de la criminalité, et que l'importance de son agglomération offre une plus grande chance d'impunité aux malfaiteurs. Il paraît donc y avoir une utilité immédiate à conserver le préfet de police, par cette unique raison qu'il est un auxiliaire utile à la police judiciaire dans des circonstances de fait où cette dernière se trouve impuissante.

« Avec l'organisation actuelle, telle qu'elle résulte de l'arrêté des consuls du 12 Messidor an VIII, et surtout en raison de la pratique qui s'est établie, la préfecture de police est devenue, à Paris, le principal

(1) *Sic :* Laborde, *op. cit.*, 820. — Le Graverend, *op. cit.*, t. I, p. 167.— Mangin, *op. cit.*, p. 153. — F. Hélie, *op. cit.*, t. III, p. 1015.

instrument de la police judiciaire. C'est au préfet de police que sont d'abord adressés les procès-verbaux, et c'est lui qui est juge de l'opportunité de saisir la justice. Les mesures urgentes sont prises par ses auxiliaires souvent en vertu de mandats émanés de lui. Dans beaucoup de cas qui requièrent célérité, on ne pourrait aviser la justice et attendre, soit un ordre du parquet, soit un mandat du juge d'instruction, sans risquer d'arriver trop tard. Il en est surtout ainsi lorsqu'il s'agit d'arrêter, avant qu'ils aient franchi la frontière, les auteurs supposés de crimes ou de délits.

» Enfin, au point de vue des attentats contre la sûreté, on ne saurait disconvenir que le préfet de police, par les moyens d'investigation et les sources de renseignements dont il dispose, ne soit mieux placé que le parquet pour surveiller les actes préparatoires et pour agir, s'il y a lieu, en temps utile. » (1)

Donc, la conservation de la préfecture de police se défend par une raison d'utilité, afin d'assurer la répression des délits. Toutefois, ne serait-il pas possible de subordonner son existence aux principes qui gouvernent notre procédure criminelle ? Ne pourrait-on restreindre les pouvoirs du préfet de police aux cas d'extrême urgence, les limiter à l'obligation de transmettre sans retard à la justice l'auteur du délit, s'il a été arrêté, et le résultat de sa perquisition, lorsqu'elle a été nécessaire ? L'arrestation et la perquisition épuiseraient ainsi les droits du préfet de police, et l'on n'aurait plus à redouter les abus

(1) *Journal officiel* du 14 janvier 1880, p. 304.

d'une véritable instruction, si la tradition immédiate de l'inculpé à la justice était appuyée d'une sanction.

76. Jusqu'à présent, nous nous sommes occupé des arrestations en vertu de mandats, mais il en est une autre indiquée par l'article 106 du Code d'instruction criminelle, qui n'est qu'une mesure de police et qui peut s'exercer sans aucun mandat : « Tout dépositaire de la force publique et *même toute personne* sera tenu de saisir le prévenu surpris en flagrant délit ou poursuivi soit par la clameur publique, soit dans les cas assimilés au flagrant délit et de le conduire devant le procureur de la République sans qu'il soit besoin de mandat d'amener, si le crime ou délit emporte la peine afflictive ou infamante. »

77. Les dépositaires de la force publique dont parle l'article, sont : les sous-officiers de gendarmerie (1) et les simples gendarmes, les agents de police, les gardes champêtres et forestiers, les gardes particuliers assermentés, les employés de la régie et les préposés des douanes. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, pour que ces agents puissent opérer l'arrestation sans ordre préalable, il fallait que l'état de flagrance les y autorisât, et qu'en principe, l'infraction fût passible de peines afflictives et infamantes (2).

Cette seconde condition, textuellement écrite dans

(1) Les officiers de gendarmerie sont seuls officiers de police judiciaire.

(2) Une exception est faite à ce principe par l'article 16, qui donne le droit d'arrestation aux gardes champêtres et forestiers au cas de simple délit emportant peine d'emprisonnement.

Les gendarmes, en dehors de leur qualité d'agents de la force publique, peuvent procéder d'eux-mêmes à certaines arrestations énumérées dans la loi du 28 Germinal an VI, article 125.

la loi, a été l'objet d'une très vive controverse. La Cour de cassation l'a même rejetée en jugeant que l'article 106 contient deux dispositions distinctes : la première relative *au cas de flagrant délit*, qui enjoint à tout dépositaire et à toute personne l'arrestation du prévenu pour un fait emportant peine correctionnelle ou criminelle ; la seconde relative *aux cas assimilés aux flagrants délits*, subordonnant l'arrestation aux faits passibles d'une peine criminelle et non plus correctionnelle (1). Cet arrêt, universellement critiqué, et avec raison, n'interprète en rien les termes formels de l'article 106. Toutefois, pour des considérations pratiques, ses commentateurs se sont rangés à cette solution.

Il est facile de comprendre que la loi, ayant pris trop de soins pour délimiter les pouvoirs qu'elle confère, son application était pratiquement difficile. Comment admettre qu'un agent, dont le devoir de rigueur est d'arrêter le prévenu, reste impassible et inactif devant un délit qui se commet sous ses yeux ? M. Mangin le dit avec beaucoup de force : « On ne comprend pas que des fonctionnaires, que des agents de la force publique doivent rester tranquilles spectateurs d'un délit, jusqu'à ce qu'ils aient bien examiné, bien démêlé, le Code pénal à la main, si le fait en lui-même, ou par les circonstances qui s'y rattachent, constitue un crime, et laissent, pendant qu'ils s'enquièrent et étudient la loi, toute liberté au prévenu de s'enfuir. »

Aujourd'hui, cette question n'a plus d'intérêt pra-

1) Cass., chambre criminelle, rejet 30 mai 1823. S., 1823-1-362.

tique, car la loi du 20 mai 1863 décide dans son article premier que : tout individu arrêté en flagrant délit, pour un fait puni de *peines correctionnelles*, est immédiatement conduit devant le procureur de la République. Dans les communes éloignées du chef-lieu, la coutume s'est formée d'amener le délinquant pris en flagrant délit devant l'officier de police auxiliaire le plus voisin : maire, commissaire de police ou juge de paix, qui, après lui avoir fait subir un premier interrogatoire, décide s'il doit le faire remettre en liberté ou le faire conduire auprès du procureur de la République.

78. L'article 106 se recommande encore à notre intérêt en consacrant le droit d'arrestation au profit d'un simple particulier et en opposant ainsi l'arrestation privée à l'arrestation publique. Dans un rapport présenté à la Société des prisons le 16 janvier 1901, M. Larnaude pose la question de savoir si l'arrestation privée doit être encouragée et se montre partisan résolu de sa restriction, ne la trouvant en harmonie ni avec les idées, ni avec les mœurs françaises. L'éminent professeur tolère l'arrestation du prévenu par la victime du délit, comme répondant sur le moment à l'explosion de sentiments instinctifs basés sur une idée de vengeance personnelle, mais ne l'admet jamais par un simple témoin. Il considère le système de l'arrestation privée « comme une survivance de l'époque où l'État est faiblement organisé, où l'autorité est, en quelque sorte, diffuse dans toutes les parties de la population, où la police n'a pas de représentants réguliers. Il se comprend aussi dans les pays neufs où l'administration et la police

sont peu développées », et il ajoute : « Dans notre état de civilisation, confier le droit d'arrestation aussi légèrement à de simples particuliers, ce serait aller d'abord à l'encontre de l'esprit public, ce serait peut-être, aussi, s'exposer à ne rencontrer ces auxiliaires de la police que parmi les individus qui seraient poussés par les mobiles les moins recommandables. » (1)

Si la puissance et l'autorité de l'État augmentent tous les jours, il ne nous paraît pas nécessaire de diminuer les droits de l'individu, alors que leur exercice ne constitue pas un empiètement sur ceux de l'État. Tout au contraire, le droit d'arrestation accordé au simple particulier en cas de flagrant délit, facilite la tâche des dépositaires de la force publique et mérite, à ce point de vue, d'être encouragé. N'aurait-on pas à craindre, en supprimant l'arrestation privée, que les simples citoyens ne se désintéressent de la répression en laissant exclusivement à la police officielle le soin de poursuivre les coupables ? L'idée de M. Larnaude aboutirait enfin à ce résultat d'empêcher l'arrestation privée dans le cas le plus urgent et le plus grave : celui où la victime est hors d'état de l'opérer elle-même et où le malfaiteur s'enfuit. Aussi, il convient lui-même que l'arrestation par le témoin du crime ne doit pas être absolument supprimée.

79. Pour terminer l'énumération des autorités qui peuvent ordonner ou opérer une arrestation, il nous reste à envisager sommairement une autre catégorie d'arrestations, créée par mesure purement

(1) *Revue Pénitentiaire :* Bulletin de la Société des prisons, 1901, p 190 et 191.

administrative, en dehors de toute infraction et de toute intervention judiciaire. L'administration prétend exercer sa surveillance sur quatre classes de personnes : les mendiants, les voyageurs sans passeport, les filles publiques et les étrangers.

La question ne se pose que rarement pour les mendiants depuis que la mendicité a été érigée en délit par l'article 274 du Code pénal. Mais, pour les étrangers, il faut admettre que le pouvoir d'arrestation ou plutôt d'expulsion du territoire par les soins de l'autorité administrative se justifie par des raisons de sécurité publique. Toutefois, il serait intéressant de rechercher s'il ne conviendrait pas d'accorder, dans une idée de protection pour la liberté individuelle, les garanties de la juridiction judiciaire aux expulsés. Malheureusement, la solution de cette question nous entraînerait en dehors du cadre de notre étude.

Quant aux voyageurs non munis de passeport, la question de savoir si l'administration a un droit d'arrestation est vivement controversée. Deux avis du Conseil d'état, l'un du 14 août 1823, l'autre du 5 février 1824, sont même contradictoires (1).

En ce qui concerne les filles publiques, la majorité des auteurs refuse ce droit à l'administration, comme ne lui ayant jamais été accordé par aucun texte de loi (2).

(1) Cunéo, thèse Paris, 1902.

(2) *Sic :* Chauveau et F. Hélie, n° 208. — Garraud, t. III, p. 28. — Hérold, p. 15. — Henri Coulon, 93. — Nicolle, thèse Paris, 1894, p. 31 et suiv. — En sens contraire : Brayer, *Dictionnaire général de police administrative et judiciaire.* — Dupin *in* Fiaux, *Police des mœurs en France.* — V. dans le *Journal officiel* (20 juillet 1903) le décret instituant la commission extra-parlementaire pour l'étude des questions relatives au service des mœurs, et le rapport présenté au président de la République par M. Combes, président du conseil.

CHAPITRE IV

DE L'EXÉCUTION DES MANDATS

SECTION PREMIÈRE

Formalités pour l'exécution des mandats

80. En cas de flagrant délit, « tout juge est procureur général », c'est-à-dire qu'en l'absence du ministère public, il peut ordonner de sa propre autorité l'exécution de ses mandats. En dehors du flagrant délit, d'après les principes de la séparation des pouvoirs d'instruction et de poursuite, le rôle du juge doit consister à décerner des mandats, et celui du ministère public à en assurer l'exécution. Le magistrat instructeur est obligé de transmettre au procureur de la République ses mandats à l'effet de les faire exécuter. (Art. 72 et 132.)

En pratique, le juge d'instruction remet directement ses mandats, spécialement ceux de comparution et d'amener, entre les mains des agents chargés de les faire exécuter. Certains auteurs ont trouvé cette pratique blâmable comme contraire aux dispositions de l'article 61. « Hors le cas de flagrant délit,

le juge d'instruction ne fait aucun acte d'instruction ou de poursuite qu'il n'ait donné communication de la procédure au procureur de la République..... » Cet article ne prouve rien. Le juge d'instruction n'ayant point ce qui s'appelle à proprement parler *la poursuite*, — hors le cas de flagrant délit — ne peut se saisir lui-même de l'action publique. « Une fois saisi, dit M. Laborde, il n'a pas besoin en général des conclusions du procureur de la République pour faire les actes nécessaires à l'instruction de l'affaire, quoique l'article 61 § 1 semble dire le contraire. Si l'on donnait, en effet, cette portée à ce texte, il serait en contradiction avec d'autres qui autorisent le juge d'instruction à faire de sa propre initiative les actes les plus graves, tels que délivrer un mandat d'amener ou de dépôt, opérer les perquisitions, les saisies (art. 62 § 2, 87, 88). Il serait absurde qu'il ne pût faire aussi dans les mêmes conditions des actes moins importants. On doit donc entendre l'article 61 § 1[er] en ce sens qu'il défend seulement au juge d'instruction de commencer une information sans communiquer les pièces dont il est nanti au ministère public. » (1) M. Guillot partage cette opinion et soutient avec raison, à notre avis, que toutes les ordonnances qui précèdent celles de clôture doivent être exécutées sur l'ordre direct du juge d'instruction, et qu'au contraire les ordonnances de clôture doivent l'être sur l'ordre exclusif du procureur de la République, qui est chargé de faire exécuter les jugements.

Pour être exécutés, les mandats sont transmis par

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 815.

le parquet aux huissiers ou aux agents de la force publique. En fait, il est d'usage de confier l'exécution des mandats qui peuvent entraîner l'exercice d'une contrainte ou l'emploi de la force, exclusivement à la police ou à la gendarmerie.

81. Tout mandat, pour être exécuté, doit avoir été notifié. On entend par là l'exhibition avec délivrance de copie faite à l'individu mandé par l'agent qui en est porteur. Si le prévenu n'a ni domicile ni résidence connus, la notification sera valablement faite au parquet; les mandats d'amener, de dépôt ou d'arrêt comportant l'arrestation de l'inculpé peuvent être exécutés par voie de contrainte, et le porteur peut se faire assister d'une force suffisante pour que le prévenu ne parvienne à se soustraire à la loi.

La notification prescrite par l'article 97 est-elle requise à peine de nullité? La jurisprudence fait une distinction suivant que le prévenu a été interrogé ou non et décide que, lorsque l'interrogatoire n'a pas eu lieu dans les vingt-quatre heures, le défaut de notification porte atteinte aux droits de la défense et entraîne la nullité de la procédure (1).

82. Très souvent, les agents exécuteurs de la loi se heurteront à la difficulté suivante : le prévenu qu'ils ont mission d'arrêter, se réfugiant dans une maison, se retranchera derrière l'inviolabilité du domicile. Or, il est incontestable que si la liberté individuelle est notre bien le plus précieux, nous tenons avec la même force au respect de la maison

(1) Cass., 31 janvier 1834, rapporté dans Dalloz, *Répertoire alphabétique*, v° Instr. crim., n° 661.— Cass., chambre crim., rejet 5 février 1875, *Bull. crim.*, n° 40. — Cass., 24 février 1883, aff. Holden. D. P., 84-1-92.

qui nous abrite et qui constitue une de nos garanties les plus chères. Pour cette raison, les lois, depuis fort longtemps, ont consacré le principe de l'inviolabilité de la demeure. Inscrite dans les édits de Blois, d'Orléans et de Moulins, plus tard confirmée dans les constitutions de l'an III et de l'an VIII, reproduite par l'ordonnance du 29 octobre 1820 (article 184), par les constitutions de 1848, de 1852 et par le décret du 1er mars 1854 (article 291), elle ne se trouve plus contestée à notre époque.

Cependant, pour assurer l'exécution des mandats, il a fallu à regret autoriser le porteur, lors même qu'il ne serait pas assisté d'un officier de police judiciaire (1), à s'introduire dans le domicile des personnes contre lesquelles ils ont été lancés. Force doit rester à la justice. La loi ne pouvait hésiter de porter atteinte au principe de l'inviolabilité de la demeure pour assurer l'arrestation des coupables, et ne pouvait permettre que l'exécution d'un mandat soit entravée par le refus de laisser pénétrer les agents dans la maison de l'inculpé. Toutefois, si le prévenu se trouve dans une habitation autre que la sienne, les agents de l'autorité ne pourront enfreindre la défense de pénétrer dans l'habitation que s'ils sont porteurs d'un ordre spécial, désigné sous le nom de mandat de perquisition, et que les juges d'instruction, pour éluder les difficultés, ont soin de joindre au mandat d'amener (2).

(1) Cass., chambre crim., rejet, 12 juin 1834. Répertoire Dalloz, v° Instr. crim., n° 316. — Mangin, *op. cit.*, n° 150. — Blanche, *Etude pratique sur le Code pénal*, t. III, n° 453. — Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 436. — Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. III, n° 867.

(2) Laborde, *op. cit.*, p. 590, n° 880.

83. La question de savoir si l'inculpé peut être arrêté pendant la nuit est vivement controversée (1). Passée sous silence par le législateur de 1808, certains auteurs (2) prétendent que l'inviolabilité du domicile doit être interprétée restrictivement, le Code n'ayant pas prévu ce cas de l'exécution des mandements de justice. Si l'on tient compte que cette inviolabilité a été édictée pour maintenir la tranquillité des citoyens, il faut admettre que ce serait aller à l'encontre de ce but que de refuser à l'autorité publique le moyen d'arrêter les malfaiteurs pendant la nuit. Toutefois, s'il ne s'agissait que d'exécuter un mandat d'amener, comme l'urgence n'est pas telle qu'on ne puisse attendre au lendemain, généralement, on n'accorde aux agents que le droit de cerner la maison. Une opinion inverse fait remarquer avec encore plus de raison (3) qu'aucune dérogation n'est portée par le Code d'instruction criminelle à la loi du 22 Frimaire de l'an VIII, dont les dispositions ont été, au contraire, reproduites par l'article 291 du décret du 1er mars 1854 sur la gendarmerie.

Même en l'absence de flagrant délit, les agents de l'autorité peuvent poursuivre et arrêter l'inculpé dans les établissement publics tant qu'ils restent ouverts, et l'on comprend par ces mots : « établissements

(1) Le temps de nuit est ainsi réglé : du 1er octobre au 31 mars, depuis 6 heures du soir jusqu'à 6 heures du matin ; du 1er avril au 30 septembre, depuis 9 heures du soir jusqu'à 4 heures du matin (Décret du 1er mars 1854, art. 293).

(2) Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 437. — Achille Morin, *Journal de Droit criminel*, 1870, p. 161, n° 9013. — Dalloz, J. G. S, v° Instr. crim., n° 858. — Paris, 29 avril 1870, aff. Megy.

(3) Mangin, *op. cit.*, n° 150. — Chauveau et Hélie, *op. cit.*, p. 437. — Riom, 4 janvier 1827. *Journal de Droit criminel*, 1827.

publics », non seulement les lieux ordinairement ouverts au public, comme les cafés, cercles, cabarets, etc..., mais encore les parties des habitations particulières qui, grâce à la profession de leur propriétaire, restent ouvertes au public, comme les études, magasins, etc... L'inviolabilité ne s'applique qu'à la partie privée, réservée à l'usage de la famille.

84. Nous savons que les mandats sont exécutoires sur tout le territoire français, pour avoir déjà rencontré l'hypothèse, prévue par l'article 100, dans laquelle l'inculpé est trouvé hors de l'arrondissement et à plus de dix myriamètres de la résidence du juge qui a décerné le mandat. Avant la loi du 8 décembre 1897, lorsque le prévenu était trouvé plus de deux jours après la date du mandat d'amener et hors de l'arrondissement, à plus de cinq myriamètres de la résidence du magistrat mandant, il ne pouvait être contraint de se rendre au mandat, et le procureur de la République devant lequel il était conduit, décernait alors contre lui un mandat de dépôt, en vertu duquel il était maintenu dans la maison d'arrêt. Depuis la nouvelle loi de 1897 sur la réforme de l'instruction préalable, les effets du mandat d'amener et les attributions du procureur compétent, à l'endroit de l'arrestation, ont été complètement transformées, et cela à deux conditions : 1° que l'arrestation ait été opérée en dehors de l'arrondissement du magistrat mandant ; 2° que l'inculpé se trouve à plus de dix myriamètres du chef-lieu judiciaire de cet arrondissement. Alors, amené devant le procureur de la République pour être interrogé sur son identité, le prévenu est averti qu'il possède le droit d'option :

soit de se laisser transférer au plus tôt au chef-lieu judiciaire, en obéissant au mandat ; soit de refuser de s'y rendre et de subir la détention dans la maison d'arrêt du lieu où il se trouve, en attendant la décision que le juge, primitivement saisi de l'affaire, prendra à son égard. Le caractère distinctif de cette détention provient de ce qu'elle s'opère, non plus comme autrefois en vertu d'un mandat de dépôt, mais bien en vertu du mandat d'amener dont les effets se trouvent prorogés, et qui devient ainsi un véritable titre de détention.

85. L'article 105 du Code d'instruction criminelle indique quelles sont les obligations du porteur du mandat d'amener quand l'inculpé ne peut être découvert ; plusieurs hypothèses sont à envisager :

1° Le prévenu et son domicile sont connus, mais il est en fuite. — Dans ce cas, le mandat sera exhibé au maire ou à l'adjoint ou au commissaire de police de la commune de la résidence du prévenu. Ces officiers auxiliaires mettront leur visa sur l'original de l'acte de notification, afin de faire constater qu'on a fait ce qu'il était possible pour assurer son exécution. Pourtant, cette formalité ne remplace pas la notification qui doit être faite conformément aux articles 68 et 69 du Code de procédure civile ; l'article 105 semble, du reste, l'indiquer implicitement, lorsqu'il dit : « que le maire, l'adjoint ou le commissaire de police mettra son visa sur l'*original* de l'acte de notification ». En effet, si l'article parle de visa apposé sur l'*original*, c'est qu'il sous-entend l'existence de copies, et ces copies ne peuvent pas avoir d'autre destinataire que le prévenu mandé. Cette solution est

admise par la jurisprudence (1) et par la grande majorité des auteurs (2).

2° Le domicile ou la résidence de l'inculpé sont inconnus. — Ce cas n'est pas prévu par les textes ; mais, un arrêt de la Cour de Paris, du 15 avril 1853, décide qu'il convient, en l'espèce, d'appliquer l'article 105, et que l'original de la notification doit être visé par le maire, l'adjoint ou le commissaire de police du lieu de la *poursuite*. En outre, par analogie avec l'article 69 § 8 du Code de procédure civile, il faut faire afficher une copie de l'acte de notification à la porte de l'auditoire du tribunal saisi. Ces mesures sont-elles réellement efficaces... ? En pratique, on se borne simplement à un procès-verbal de recherches infructueuses, qui est transmis au parquet poursuivant.

3° On ignore la résidence et même le nom du prévenu. — La délivrance du mandat ne sera exceptionnellement possible qu'autant que la désignation du prévenu pourra être faite par son signalement, et nous croyons que, dans ce cas, il est inutile de faire viser le mandat par les autorités locales. Ces dispositions de la loi sont complétées par l'article 77 du décret du 18 juin 1811. Si l'inculpé ne peut être trouvé, copie du mandat d'arrêt est envoyée, à Paris au préfet de police, et en province aux commandants de gendarmerie, pour que les agents de la force publique recherchent et arrêtent, si possible, l'individu mandé.

(1) Cass., 7 juillet 1847, 18 mars 1848, 30 mai 1850, 25 juillet 1850. — Paris, 15 avril 1853, 6 mai 1863.

(2) *Sic :* Laborde, *op. cit.*, p. 590, n° 880. — F. Hélie, *op. cit.*, n° 383. — *Contra :* Mangin, *op. cit.*, t. I, p. 278, n^{os} 162 et 163.

L'article 109 n'est pas applicable aux mandats de dépôt, destinés seulement aux prévenus présents et déjà sous la main de la justice. De même que l'article 75 du décret du 18 juin 1811, cet article parle en termes restrictifs de l'exécution du mandat d'arrêt, et « il suit de là, dit M. Faustin Hélie, que la loi, qui a déterminé dans les articles 105 et 109 le mode d'exécution du mandat d'amener et du mandat d'arrêt quand le prévenu ne peut être trouvé, n'a proscrit aucun mode d'exécution dans le même cas pour le mandat de dépôt » (1). La pratique admet que l'impossibilité de son exécution sera constatée conformément à l'article 105.

86. Enfin, il est d'autres cas où les porteurs de mandats sont dans l'impossibilité d'exercer leur exécution, non plus par suite d'une difficulté matérielle, mais par suite de privilèges qui couvrent le délinquant. Ces exceptions au principe de l'égalité devant la loi sont motivées par des raisons d'ordre supérieur tirées de notre droit public interne et par l'application des règles du droit international.

C'est ainsi que le président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et jugé que par le Sénat (loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 6, et loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 12), et la même garantie est accordée aux ministres, si le Parlement l'exige, pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions (loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 13).

(1) Faustin Hélie, *op. cit.*, t. V, p. 383.

Quant aux députés et aux sénateurs, sauf en cas de flagrant délit, ils ne peuvent, pendant la durée des sessions, être poursuivis ou arrêtés qu'avec l'autorisation de la Chambre dont ils font partie (loi constitutionnelle du 16 juillet, art. 14).

Les agents diplomatiques jouissent de l'immunité, non en vertu du principe de l'exterritorialité, mais grâce au caractère inviolable de leurs fonctions (Décret de la Convention du 13 Ventôse de l'an II) [1].

SECTION II

Sanction des formalités prescrites pour l'exécution des mandats

87. Lorsque des fonctionnaires opèrent une arrestation, ils peuvent omettre des formalités ou enfreindre des dispositions légales prescrites pour sauvegarder la liberté individuelle. Or, il ne fait de doute pour personne que la victime de l'arrestation arbitraire aura un recours devant les tribunaux, tant civils que répressifs, afin d'obtenir sa liberté, une réparation pour le préjudice qu'on lui cause et un châtiment pour les auteurs de cette illégalité.

88. Mais une autre question des plus graves se pose : La victime arbitrairement lésée aura-t-elle le pouvoir de résister par la force aux auteurs de

(1) La garantie administrative qui existait en faveur de certains fonctionnaires, a été abrogée par le décret du 19 septembre 1870. Pour la controverse sur la garantie religieuse, voir l'étude approfondie de M. Laborde, *op. cit.*, p. 469, n° 702.

l'arrestation, et, si l'on admet l'affirmative, jusqu'à quel point peut aller son droit à la résistance (1) ?

Si la personne qui cherche à opérer l'arrestation illégale est un simple particulier, la question se résout dans un droit de légitime défense à l'égard de la victime, qui pourra s'opposer par tous moyens à son arrestation. Mais, si l'auteur de l'illégalité est un agent de l'autorité publique, faudra-t-il, comme dans l'hypothèse précédente, déclarer la victime en état de légitime défense ou, au contraire, la faire tomber sous le coup de l'article 209 du Code pénal, qui qualifie son cas, selon les circonstances, de crime ou de délit de rébellion ?

Les précédents historiques sembleraient favorables à la première solution. L'Assemblée constituante ne punissait les voies de fait ou les violences comme rébellion que si elles étaient commises contre un agent de la force publique « agissant légalement dans l'exercice de ses fonctions ». De même, l'article 11 de la Constitution du 24 mai 1793 déclarait que « tout acte exercé contre un homme, hors le cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique ; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence, a le droit de le repousser par la force ».

Cependant aujourd'hui, en présence de l'article 209 du Code pénal, la doctrine est complètement divisée et la jurisprudence elle-même a donné naissance à deux systèmes différents.

(1) V. Nicolle, thèse Paris 1894, p. 244.

Certains auteurs (1), s'abritant derrière l'intérêt public de la répression, n'admettent jamais la résistance comme permise. D'autres (2), au contraire, soutiennent qu'elle est un devoir lorsque l'arrestation est illégale, et, à l'appui de leurs arguments, préconisent l'intérêt supérieur de la liberté individuelle. Enfin, une troisième théorie (3), pondérant ces deux opinions extrêmes, vient seulement accorder une présomption de légalité en faveur des agents de l'autorité, tout en déclarant que cette présomption doit cesser dès que l'agent se rend coupable d'un excès de pouvoir ou de la violation flagrante d'un droit.

La jurisprudence elle-même n'est pas beaucoup mieux fixée sur la question. La Cour de cassation, après avoir implicitement admis que l'auteur de la résistance n'était pas en état de rébellion lorsque les agents de la force publique avaient agi illégalement (4), déclara postérieurement que l'appréciation de la légalité « n'appartenait qu'au juge compétent » et non à la victime ou à la prétendue victime, et qu'elle tombait dans les cas de rébellion prévus par l'article 209 du Code pénal, en résistant par la force aux officiers ministériels porteurs de mandats ou de jugements (5). Enfin, dans des arrêts plus récents,

(1) Serrigny, *Traité du droit public des Français*, t. I, p. 467. — Blanche, *Etude pratique sur le Code pénal*, t. IV, p. 75. — Voir aussi Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 525 et suiv.

(2) Odilon Barrot, *Plaidoyer pour Armand Carrel.* Cour d'assises de la Seine du 13 mars 1832. S. 1832-2-178.

(3) Chauveau et Hélie et Villey, *Droit pénal*, t. III, p. 99. — Chassan, *Droit de presse*, t. I, n° 232 et suivants.

(4) Cass., 16 avril 1812. S., 1812-1-395.

(5) Cass., 14 avril 1820. *Bulletin des décisions de la Cour de cass.*, t. XXV, p. 151. — Cass., 5 janvier 1821. S., 1821-1 122. — Cass., 15 juillet 1826. *Bull.*, t. XXXI, p. 399. — Cass., 26 décembre 1839. *Bull.*, t. XLIV, p. 595. — Cass., 22 août 1867. *Bull.*, t. LXXII, p. 33.

la Cour a poussé son système jusqu'à déclarer que « l'illégalité de l'injonction reçue des agents de l'autorité ne saurait, à aucun titre, excuser la résistance avec voies de fait et violence et enlever à cette résistance le caractère et la qualification légale de rébellion ». La Cour de cassation n'admet donc qu'une réclamation devant les tribunaux, une fois l'arrestation accomplie (1).

Les Cours d'appel n'ont pas demandé de la part des citoyens une obéissance aussi aveugle aux ordres des agents. De nombreux arrêts sont venus tempérer les théories de la Cour de cassation, et ont refusé de qualifier de rébellion la résistance à une arrestation illégale (2). Un arrêt de la Cour de Limoges décide que « les gendarmes ne pouvant sous aucun prétexte, pour une simple contravention de police, se permettre d'arrêter de leur propre autorité le prévenu et de le conduire en prison, celui-ci avait le droit de résister à un tel acte d'oppression » (3).

En face de systèmes aussi divergents, il est fort difficile de découvrir une solution, et, à ne considérer que l'article 209 du Code pénal, il semble bien qu'il autorise implicitement la victime à résister contre une arrestation arbitraire. Cet article décidant que la rébellion consiste dans la résistance aux agents « agissant pour l'exécution des lois, ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice

(1) Cass., 29 février 1884. *Bull.*, t. LXXXIX, p. 105. — Cass , 17 février 1891. *Bull.*, t. XCVI, p. 157.

(2) Agen, 5 mars 1823. *Journal du palais*, t. XVII, p. 1143. — Lyon, 10 juin 1824. *Journ. du palais*, t. XVIII, p. 782. — Nimes, 21 novembre 1826. — *Journ. du palais*, t. XX, p. 951.

(3) Limoges, 14 décembre 1826. *Journ. du palais*, t. XX, p. 1036.

ou de jugements », il paraît bien, *a contrario*, que la rébellion n'existe plus lorsque ces agents n'agissent pas pour l'exécution des lois ou conformément à ces lois.

Mais, cette interprétation, si attrayante pour la liberté individuelle, se heurte à des nécessités pratiques. Par des raisons d'ordre public, il est impossible, en effet, d'autoriser les particuliers à discuter la légalité des mandats lancés contre eux et d'enlever ainsi toute autorité aux officiers publics.

M. Nicolle (1) voudrait voir le droit de résistance limité à certains cas, nettement déterminés par la loi, dans lesquels l'illégalité de l'acte contre des particuliers serait flagrante et de nature à léser gravement ses intérêts. Dans ces cas, mais dans ceux-là seulement, il accorderait le droit de résistance violente à l'acte illégal. Tout en reconnaissant, pour la liberté individuelle, le sens favorable de cette solution, l'on doit avouer qu'elle constitue un palliatif bien léger aux inconvénients de la situation actuelle, et l'on peut craindre que sa mise en pratique ne se heurte à d'insurmontables obstacles.

Sans parler de la difficulté qu'éprouverait le législateur à préciser les cas, forcément limités, dans lesquels la résistance violente pourrait être autorisée, il faut se demander jusqu'à quel point l'on devrait concéder ce droit à la rébellion ? Si on la souhaite franchement efficace, il faut sans nul doute se décider à conclure qu'elle peut aller jusqu'à la mort de l'agent fautif ; or, pour une conséquence aussi grave, l'on

(1) Nicolle, thèse de doctorat, Paris 1894, p. 262.

est obligé, par la force des choses, de laisser la victime ou la prétendue victime seule juge de la légalité ou de l'illégalité de l'acte au moment de son exécution ; et si l'on songe que l'erreur et l'ignorance sont toujours possibles, ne doit-on pas craindre qu'une solution aussi extrême ne provoque d'irréparables malheurs, et que fort souvent le châtiment ne soit disproportionné avec le préjudice causé ?

Il serait préférable, pensons-nous, d'organiser quelque chose de plus pratique, de plus à la portée de la victime et de chercher le remède dans une amélioration du système de la jurisprudence, en le combinant avec le souci de la liberté individuelle et le respect dû à l'autorité. Pour ce faire, le législateur, qui déjà en 1897 s'est montré soucieux des garanties de l'individu, pourrait accorder à la victime de l'illégalité la faculté d'en poursuivre les auteurs devant la cour d'assises, cette justice du peuple, qui, en l'occasion, serait substituée à celle des magistrats fonctionnaires. La victime devrait avoir le droit de poursuivre, comme partie civile, les peines disciplinaires de l'article 112 (Code instr. crim.) et de demander par la même occasion des dommages-intérêts. Le montant de cette indemnité serait suffisamment élevé pour assurer la réparation du préjudice, et le minimum de vingt-cinq francs par chaque jour de détention illégale et par individu pourrait être appliqué dans les cas prévus par l'article 117 du Code pénal. Cette somme serait payée par l'État, sauf son recours contre le magistrat en faute, et la citation devrait avoir lieu directement pour éviter les obstacles intéressés.

Mais, si l'on veut accorder aux particuliers lésés

une facilité plus grande pour obtenir réparation, il faut élargir le rôle de la partie civile, surtout lorsqu'elle est représentée par une association (1). Les associations nombreuses qui existent en France, comme les syndicats professionnels, par leur influence et leurs ressources pécuniaires, sembleraient désignées pour défendre, avec toute la force qu'elles tirent du groupement, la liberté individuelle de leurs membres et pourraient, de même qu'en Angleterre, poursuivre les actes illégaux soufferts par leurs associés. Pour arriver à cette innovation éminemment favorable aux garanties de l'individu, il faudrait obtenir du législateur une exception au principe par lequel, en dehors du ministère public, le droit de citation directe n'est accordé qu'à la partie civile. Ce résultat serait d'autant plus désirable que l'association, être moral, serait, de par sa nature même, une sécurité contre les poursuites injustifiées.

89. Aujourd'hui, la répression de l'illégalité est tout autre. La Cour de cassation, en soutenant que « nul n'a le droit de résister avec voies de fait ou violence à l'exécution des actes de l'autorité publique », reconnaît simplement à la victime le droit de « poursuivre, le cas échéant, les auteurs d'une opération irrégulièrement faite » (2). En cela, elle interprète le principe contenu dans l'article 114 du Code pénal, ainsi conçu : « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement, aura ordonné

(1) Voir : Laborde, Examen doctrinal de jurisprudence criminelle (*Revue critique*, 1895, p. 167), sur le jugement du tribunal de la Seine du 5 décembre 1894. — Nourrisson, *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits.*

(2) Cass,. 29 février 1884, arrêt précité.

en fait quelque acte arbitraire ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la charte, il sera condamné à la peine de la dégradation civique. » L'article 117 du Code pénal accorde, en outre, des dommages-intérêts à la victime (1).

La poursuite pénale aboutit donc à la dégradation civique des fonctionnaires auteurs d'actes arbitraires. Il est à remarquer que la peine dont ils sont frappés diffère étrangement de celle des travaux forcés encourus, en vertu de l'article 341 du Code pénal, par les simples citoyens coupables du même crime. Cette différence de rigueur ne peut être expliquée que par la volonté du gouvernement de 1808 de diminuer la responsabilité de ses agents pour assurer partout sa domination.

Quels sont les faits qualifiés « d'arbitraires et d'attentatoires à la liberté individuelle » par l'article 114 du Code pénal ? En général, on s'accorde à reconnaître comme tels les actes qui réunissent les trois conditions suivantes. Il faut :

1° Que l'acte incriminé soit illégal, c'est-à-dire que le fait matériel de l'arrestation soit opéré en dehors des cas déterminés par la loi ou sans l'observation des formes prescrites ;

2° Que l'auteur de l'arrestation soit « un fonction-

(1) Article 117 du Code pénal : « Les dommages-intérêts qui pourraient être prononcés à raison des attentats exprimés dans l'article 114, seront demandés, soit sur la poursuite criminelle, soit par la voie civile, et seront réglés eu égard aux personnes, aux circonstances et au préjudice souffert, sans qu'en aucun cas, et quel que soit l'individu lésé, lesdits dommages-intérêts puissent être au-dessous de 25 francs pour chaque jour de détention illégale et arbitraire et pour chaque individu. »

naire public, agent ou préposé du gouvernement », en comprenant sous cette dénomination tous ceux qui, à un titre quelconque, sont dépositaires de l'autorité publique (1) ;

3° Enfin, que l'acte soit commis avec une intention criminelle et que l'auteur sache fort bien, en opérant, qu'il dépasse ses droits ou qu'il viole les formes légales. L'excuse de la bonne foi est admise par la plupart des auteurs et par la jurisprudence (2).

Si un de ces éléments fait défaut, l'acte ne sera plus le crime puni de la dégradation civique édictée par l'article 114, et il ne restera à la victime qu'un recours contre l'agent devant les tribunaux civils, ou la plainte au procureur général, bien illusoire, il faut l'avouer, par suite de l'esprit de corps.

90. Mais, lors même que se trouveraient réunis tous les éléments requis par l'article 114, le droit de la victime sera mis en échec par la procédure spéciale organisée en faveur des fonctionnaires de l'autorité judiciaire. Dans les articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle, le droit de poursuite est enlevé avec raison au particulier et le procureur général est seul investi de l'action pénale.

Pendant longtemps, on a même discuté la question de savoir si cette procédure spéciale ne devait pas être étendue à la poursuite des fonctionnaires pour réclamation en dommages-intérêts devant les tribunaux civils. Admettre l'affirmative était prati-

(1) Garçon, *Code pénal annoté*, article 114.

(2) Cass., 4 décembre 1862. — Cass., 4 juillet 1827. S., 1827-1-531. — *Sic* : Laborde, *op. cit.*, 171. — Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 32. — Chauveau, t. II, p. 98.

quement rendre impossible tout recours contre l'auteur de l'acte arbitraire, et la Cour de cassation a fait justice de cette théorie en accordant une action directe au particulier lésé (1).

91. En présence de cette jurisprudence, il semblerait raisonnable que l'action civile dût au moins rester intacte à la victime. Mais cependant, l'examen des faits va nous montrer qu'en pratique ce droit est aussi aléatoire civilement que pénalement, et justifiera une fois de plus le mot de Tocqueville : « En France, le règne de la loi est proclamé, mais l'arbitraire se réfugie dans l'exécution. » (2)

C'est justement dans la mise en mouvement de son action, que le particulier lésé se trouvera arrêté par deux obstacles difficilement surmontables. La procédure de prise à partie ou le principe de la séparation des pouvoirs empêcheront le plus souvent sa réclamation d'aboutir. Or, non seulement aucun officier de police judiciaire, si minime qu'il soit, ne peut être pris à partie sans la permission préalable du tribunal devant lequel l'affaire est portée (3), mais encore, l'emploi de cette procédure de poursuite est pleine d'entraves. Le demandeur s'expose à une amende qui ne pourra être moindre de 300 francs, sans préjudice du risque des dommages-intérêts s'il succombe (art. 505 et suiv. Code de procédure civile).

La jurisprudence elle-même a paru vouloir augmenter les difficultés qui protègent les officiers de l'ordre

(1) Cass., 16 décembre 1867. S., 1868-1-149.

(2) Tocqueville, *Mélanges*, p. 104.

(3) Cass., 28 mai 1879, 4 mai 1880. — Nancy, 25 janvier 1884. D., 85-2-63.

judiciaire de toute attaque, en décidant que la faute, même grave, non accompagnée de dol ou de fraude, ne donne pas lieu à la prise à partie contre le juge qui l'a commise, car on ne peut en telle matière assimiler la faute grossière au dol (1).

92. Si l'attentat à la liberté est l'œuvre d'un fonctionnaire administratif, un obstacle d'un autre genre surgira pour paralyser l'attaque du poursuivant. En vertu d'une règle de droit public concernant le principe de la séparation des pouvoirs, la question préjudicielle se posera de savoir si les magistrats administratifs sont justiciables des tribunaux civils et si l'on peut devant eux leur réclamer une réparation. Le décret du 19 septembre 1870, qui abrogea l'article 75 de la constitution de l'an VIII, paraissait avoir supprimé le privilège des autorités administratives en autorisant les tribunaux judiciaires à déterminer la responsabilité de leurs agents ; mais, la jurisprudence l'a interprété en ce sens, qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, l'administration peut déférer au Tribunal des conflits, où elle se trouve avoir la majorité par la présence du ministre, l'examen de la question de savoir si l'acte incriminé contient un délit. Or, jusqu'à ce jour, cette juridiction ne paraît avoir autorisé la poursuite des fonctionnaires que pour leur fait personnel se détachant bien nettement de l'acte que leurs supérieurs prescrivaient d'accomplir. Est-ce à ce mince résultat qu'on réduit la réforme libérale du gouvernement de la Défense nationale ? L'acte prescrit par le supérieur hiérar-

(1) Cass., 17 juillet 1832. S., 1832-1-484. — Cass., 6 juillet 1858. S., 1858-1-497. — Bordeaux, 31 avril 1853. S., 1854-2-208.

chique, l'acte qu'on incrimine comme illégal, arbitraire et tyrannique, échappe à la compétence des tribunaux judiciaires, et cet acte de l'administration continue à être jugé, comme sous l'Empire, par l'administration elle-même.

Un semblable système conduit à cette conséquence néfaste, que le fonctionnaire administratif reconnu l'auteur d'un attentat contre la liberté individuelle, échappe en fait à toute responsabilité civile (1). Cette solution est-elle conforme au désir du législateur? « Le contraire est certain, dit M. Cunéo, et résulte manifestement du rapprochement de l'article 114 et de l'article 117. L'article 114 organise la répression pénale. Les termes dont il se sert sont généraux. Il ne fait pas de distinction et la généralité de ces termes a conduit à déclarer qu'ils englobaient les fonctionnaires administratifs. L'article 117, d'autre part, organise la répression civile. Les termes s'en appliquent à tous les attentats prévus par l'article 114, sans qu'aucune restriction vienne en amoindrir l'effet. Il est, dès lors, logique de conclure que le législateur a voulu soumettre d'une manière certaine à l'obligation de laisser apprécier leur responsabilité par les tribunaux civils, les fonctionnaires de l'ordre administratif qui se seraient rendus coupables d'attentat à la liberté. » (2)

(1) «Voilà donc, s'écrie M. Garçon, l'état de notre législation et de notre pratique. Une façade qui semble libérale, sur laquelle sont inscrites des formules pompeuses, et, derrière cette façade, tout un monument d'iniquité où tout est établi et combiné pour permettre de légitimer toute violation de la liberté individuelle, pour ne point autoriser l'application pratique des sanctions légales.» (*Revue pénitentiaire*, 1901, p. 449.)

(2) Cunéo, thèse Paris 1902, p. 123. — *Sic*: Garçon, *Code pénal annoté.*

CHAPITRE V

DES SUITES DE L'ARRESTATION

93. Lorsqu'un inculpé est arrêté en vertu d'un *mandat d'amener,* il doit d'abord être conduit devant le juge d'instruction ; si, par suite d'impossibilité matérielle, il ne peut l'interroger immédiatement, ce magistrat ne pourra pas, aux termes de l'article 93 de notre Code d'instruction criminelle, différer plus de vingt-quatre heures de procéder à cette rigoureuse formalité. Une règle analogue existait déjà dans l'ancien droit, et l'article 9 de l'édit de Charles IX en 1564 portait : « Les accusés seront interrogés par le prévôt en présence de l'assesseur dans les vingt-quatre heures de la capture, à peine de 200 livres d'amende envers nous. » (1)

94. Or, actuellement, le juge d'instruction n'étant tenu d'interroger le prévenu que dans les vingt-quatre heures qui suivent le moment où il est mis à sa disposition, en quel lieu les agents doivent-ils conduire l'inculpé entre le moment de son arrestation et celui de son interrogatoire?

95. Avant la loi du 8 décembre 1897 sur la réforme de l'instruction préalable, le mandat d'amener

(1) Rapporté par Flamand, *op. cit.*, p. 92.

n'étant pas un titre de détention, les gardiens-chefs des prisons n'étaient autorisés à recevoir et à garder les prévenus dans les maisons qu'ils dirigent que lorsqu'ils étaient écroués en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt (art. 609), et la Cour de cassation a jugé, le 4 avril 1840, qu'aux termes de l'article 93 du Code d'instruction criminelle, « tout prévenu arrêté en vertu d'un mandat d'amener doit être interrogé dans les vingt-quatre heures au plus tard, et que l'article 609 du même Code s'oppose à ce qu'il soit reçu ni retenu dans une maison d'arrêt ou dans une prison quelconque sur l'exhibition d'un simple mandat d'amener..... » (1)

Si l'administration judiciaire n'avait pas à sa disposition un local de sûreté spécial pour maintenir les inculpés sous mandat d'amener, — ce qui n'avait lieu que dans quelques grandes villes (2), — pour concilier les nécessités de la pratique avec les formalités de la loi, certains auteurs (3) avaient proposé de réserver dans les maisons d'arrêt une salle spéciale où l'on conduirait les individus qui n'étaient pas en état de détention. De cette manière, ils ne seraient plus confondus avec les autres prisonniers et leur entrée ne serait pas constatée sur le registre d'écrou. Seulement, de quelle façon peut-on soutenir que si l'inculpé se trouve dans une cellule de la maison d'arrêt, il n'est pas en prison.

(1) *Bulletin* 1840, p. 143.

(2) A Paris, les inculpés sont conduits au dépôt de la préfecture de police, mais ne sont pas soumis à la formalité de l'écrou, car on n'opère pas la transcription du mandat.

(3) Le Graverend, *op. cit.*, t. II, p. 311 et la note (nouvelle édition). — Mangin, *op. cit.*, t. I, p. 152. — Duverger, *op. cit.*, t. II, n° 414.

Pour appliquer dans la limite du possible l'article 609, lorsque l'attente ne devait se prolonger que quelques instants, on aurait pu trouver, au greffe ou dans une des salles du palais de justice, un endroit pour garder le prévenu. Mais, si l'interrogatoire n'avait lieu qu'après plusieurs heures, il était impossible de préconiser une semblable habitude. Aussi, les obligations de la pratique avaient malheureusement introduit la tolérance de recevoir dans les maisons d'arrêt, en vertu d'un ordre ou billet d'écrou valable au plus vingt-quatre heures et délivré par le procureur de la République, les personnes placées sous mandat d'amener. Une circulaire du ministère de l'intérieur du 30 janvier 1894 consacra même cet usage (1).

96. La loi du 8 décembre 1897 est venue jeter un jour tout nouveau sur cette matière. L'article 2 de cette loi a d'abord complété l'ancien article 93 et modifié implicitement l'article 609 du Code d'instruc-

(1) « Monsieur le Préfet. — Mon attention a été appelée à diverses reprises sur la situation des inculpés non encore placés sous mandats de dépôt ou d'arrêt. Suivant les dispositions du Code d'instruction criminelle (art. 609), les gardiens-chefs ne devaient recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt, et c'est dans la chambre de sûreté qu'il y aurait lieu de retenir et de garder les inculpés. Mais, comme beaucoup de villes n'ont pas de chambre de police municipale, c'est dans les maisons d'arrêt, au vu d'un billet d'écrou provisoire délivré soit par le procureur de la République, soit par le juge d'instruction, que sont placés les inculpés.

» Ce mode de procéder, dont la pratique est généralement admise, pourra être adopté partout où il n'existe pas de local spécial pour recevoir les inculpés ; ces individus seront donc reçus, sur le vu d'un billet d'écrou provisoire, dans la maison d'arrêt ; ils seront inscrits sur le registre des passagers, sous la réserve expresse qu'ils seront interrogés à très bref délai et qu'un mandat régulier interviendra, s'il y a lieu, à leur égard. »

tion criminelle. Désormais, l'individu arrêté sous mandat d'amener sera déposé à la maison d'arrêt en attendant son interrogatoire, et le gardien-chef, sur le vu du mandat, sera tenu de l'y recevoir. Les prisons seront donc le lieu légal où devront être retenus les individus arrêtés, et le dépôt provisoire ne constituera plus une mesure de tolérance comme par le passé, mais une règle de droit. Toutefois, la promiscuité des détenus sera épargnée à l'inculpé, qui doit être placé dans un quartier spécial de la prison sans communication avec les autres prisonniers. Lors de la discussion de l'article 2, M. Bovier-Lapierre, répondant aux questions de M. Blanc, fit concevoir cette disposition : « Qu'a voulu le Sénat? dit-il. Il a voulu, dans une intention très libérale, que l'homme ainsi entré dans une maison de dépôt ou d'arrêt, où il ne sera pas couché sur le registre d'écrou, puisse séjourner dans un local spécial à ce destiné » (1), et une circulaire de M. le Garde des sceaux, postérieure à la loi, prétendit également que l'inculpé serait « provisoirement déposé et retenu dans le local affecté à cette destination » (2).

D'après les paroles de M. Bovier-Lapierre et l'opinion émise par M. Couturier, commissaire du gouvernement (3), la présence de l'inculpé ne doit pas être mentionnée sur le registre d'écrou. Cependant, comme toute entrée dans une maison de dépôt ou d'arrêt doit être consignée sur un registre spécial,

(1) *Lois nouvelles*, 1898, p. 43.

(2) Circulaire du 10 décembre 1897. — Voir Dalloz 1897, t. IV, p. 118. Note 2. A.

(3) *Journal officiel*, Séance de la Chambre des députés, 12 nov. 1897.

quel sera le registre réservé à cet usage? En pratique, on inscrira les individus arrêtés d'après mandat d'amener sur le registre des passagers. Ainsi l'a décidé formellement la circulaire du ministère de l'Intérieur du 17 janvier 1898, relative à l'application de la loi du 8 décembre 1897 (1).

Ces changements apportés à la consigne des gardiens-chefs ne résultent pas de l'article 609, qui n'a point été touché en sa teneur, mais de l'article 13 de la nouvelle loi de 1897, qui le modifie implicitement en abrogeant les dispositions contraires à la présente loi et en appliquant dans l'espèce l'article 93. Il eût été certainement préférable, comme l'a fait remarquer M. Couturier, d'ajouter une disposition expresse à l'article 609. Seulement, pour éviter des retards dans le vote de la loi, — car il eût fallu renvoyer l'article 2 à la commission, — la Chambre a passé outre.

Maintenant que le mandat d'amener est devenu un titre de détention, valable ordinairement pour vingt-quatre heures, il ne faudrait pas croire que l'inculpé devra être sur-le-champ et dans tous les cas remis à la maison d'arrêt ou de dépôt par les agents qui ont procédé à son arrestation ou à son transfèrement. La circulaire du 10 décembre 1897 dissipe tous les doutes à cet égard. « Comme par le passé, il devra d'abord être conduit devant le magistrat signataire du mandat, qui, autant que possible, procédera tout de suite conformément aux dispositions de l'article 3 ». Ce n'est donc que par exception, et si le magistrat

(1) *Recueil des circulaires relatives au service pénitentiaire,* publié par ordre de M. Barthou. *Supplément*, 1898, p. 70.

est empêché ou absent, que le prévenu sera provisoirement déposé dans le local spécial réservé à cette destination.

97. L'article 2 de la loi du 8 décembre 1897 a, en outre, complété l'article 93 du Code d'instruction criminelle en fixant le point de départ du délai de vingt-quatre heures dans lequel l'inculpé doit être interrogé. Le nouvel article est ainsi conçu : « L'inculpé arrêté en vertu d'un mandat d'amener sera interrogé dans les vingt-quatre heures au plus tard de son entrée dans la maison de dépôt ou d'arrêt..... » Lors de la discussion de cet article on discuta très vivement au sujet de ce point de départ du délai de vingt-quatre heures, MM. Constans, Béranger et Morellet trouvaient que les termes : «..... dans les vingt-quatre heures au plus tard de son entrée dans la maison d'arrêt » étaient trop vagues, et M. Morellet s'exprima ainsi : « Il serait intéressant, étant donné l'esprit qui anime la commission et le désir très grand qu'elle a d'assurer d'une façon effective et pratique l'interrogatoire de l'inculpé dans les vingt-quatre heures, de savoir s'il ne conviendrait pas d'organiser le moyen de fixer avec précision, pour le juge d'instruction lui-même, le jour et l'heure à dater desquels court le délai de vingt-quatre heures. » M. Jean Dupuy, rapporteur, lui répondit « que le délai courrait à partir de l'arrivée de l'inculpé et que c'est le gardien-chef qui, dès que le dépôt aura été effectué, en avisera le juge d'instruction ; on fera alors ce qui se fait aujourd'hui et le juge d'instruction sera immédiatement informé » (1).

(1) *Journal officiel*, séance du Sénat, 10 juin 1897.

D'après les termes de l'article 2 et son incorporation à l'article 93, on pourrait croire que la procédure qu'il organise ne vise que le cas où l'inculpé a été arrêté en vertu d'un mandat d'amener délivré par le juge d'instruction ; par identité de motifs, on doit l'appliquer cependant lorsque, en cas de flagrant délit, le procureur de la République et les officiers de police judiciaire, ses auxiliaires, peuvent décerner un mandat d'amener (art. 40, 48, 49, 50 Code instruction criminelle).

98. Une fois l'individu écroué, le législateur de 1897 a édicté une série de mesures pour sauvegarder la liberté individuelle en évitant la possibilité des détentions arbitraires. La circulaire du 10 décembre de la même année déclare à cet effet que, dans le cas où l'inculpé n'a point été interrogé dans les 24 heures, le mandat d'amener « perdra toute sa force » et l'inculpé, sous peine « d'être illégalement détenu, ne pourra être réintégré qu'en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, après avoir été conduit devant le procureur de la République ».

99. La loi dit elle-même que, si pendant ces 24 heures le juge, pour une raison quelconque, n'a pas interrogé le prévenu, à l'expiration de ce délai, le gardien-chef doit le conduire devant le procureur de la République qui requerra du juge d'instruction son interrogatoire immédiat. En cas de refus, d'empêchement ou d'absence de ce magistrat, le chef du parquet est chargé de requérir le président du tribunal ou, à son défaut, le juge désigné par lui pour procéder à l'interrogatoire, et si, par impossible, le délai de 24 heures est écoulé sans qu'on ait pu faire

interroger l'individu objet du mandat d'amener, le devoir du procureur de la République sera de le remettre en liberté sur-le-champ, sans avoir à s'inquiéter s'il est innocent ou coupable.

Il est probable, comme le proclame la circulaire, que cette mise en liberté exceptionnelle sera fort rare et « que les gardiens-chefs n'auront jamais à prendre l'initiative prévue par la loi. Les magistrats instructeurs, ajoute le garde des sceaux, ont trop le sentiment de leurs devoirs et le respect de la liberté individuelle pour se soustraire à la stricte obligation de faire comparaître immédiatement, ou dans les 24 heures au plus tard, les individus contre lesquels ils ont cru nécessaire de recourir à l'arrestation préventive. »

100. Du reste, la responsabilité encourue par les gardiens est si lourde que personne ne saurait faillir à son devoir. « Tous gardiens-chefs de maisons de dépôt ou d'arrêt, tous procureurs de la République qui ne se conformeront pas à ces dispositions, seront poursuivis comme coupables d'attentats à la liberté et punis, savoir : les procureurs de la République ou autres officiers du ministère public, des peines portées à l'article 119 du Code pénal, et les gardiens-chefs, des peines portées à l'article 120 du même Code. Le tout sans préjudice des sanctions édictées par l'article 112 contre le greffier, le juge d'instruction et le procureur de la République. » Or, l'article 119 du Code pénal prononce pour les faits qu'il prévoit la dégradation civique et des dommages-intérêts ; l'article 120 punit la détention arbitraire d'un emprisonnement

de six mois à deux ans et d'une amende de 16 à 200 francs.

Pour encourir ces pénalités, il ne suffirait pas d'un simple oubli, et il est nécessaire, pour poursuivre les gardiens-chefs et les magistrats, d'établir nettement à leur charge l'intention de commettre le crime d'attentat à la liberté. Répondant à M. Morellet, le rapporteur et le commissaire du gouvernement ont affirmé qu'il fallait l'intention criminelle et non pas une simple négligence pour encourir les rigueurs légales. « Nous avons la ferme confiance, a déclaré M. Couturier, que ce texte ne sera jamais appliqué, car, comme on le disait tout à l'heure, les magistrats doivent être et sont les premiers serviteurs de la loi. Mais, il faut pourtant bien prévoir le cas où en violation flagrante de la loi, volontairement, un procureur de la République, car c'est, remarquez-le bien, le seul magistrat qui soit visé par le texte, maintiendrait en prison, malgré la mise en demeure formelle qui lui aurait été faite par le gardien-chef, un individu détenu arbitrairement. » (1)

101. La loi de 1897 ne parlant dans son article 2 que des mandats de comparution et d'amener, il faut en conclure qu'il n'existe aucune innovation aux règles de l'article 110 du Code d'instruction criminelle, qui ne prescrit pas de délai légal pour interroger l'inculpé en cas de mandat d'arrêt. Donc, si ce magistrat diffère plus de vingt-quatre heures à cette formalité, il ne violera en rien l'article 2 et n'encourra pas les rigueurs de la loi nouvelle. Il est à regretter

(1) *Lois nouvelles*, 1898, p. 48.

que le législateur de 1897 ait laissé son œuvre inachevée, d'autant plus qu'un juge d'instruction peu scrupuleux sur son devoir, pourrait trouver dans cette lacune un moyen de tourner la loi ; il lui suffit, en effet, de se mettre d'accord avec le procureur de la République, — dont il doit prendre les conclusions pour la délivrance d'un mandat d'arrêt, — et de décerner contre l'inculpé ce dernier mandat à la place du mandat d'amener.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

CHAPITRE PREMIER

NATURE GÉNÉRALE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE. — SON RÉGIME

SECTION PREMIÈRE

Définition et raison d'être de la détention préventive

102. La détention préventive est l'incarcération préalable subie par un prévenu ou accusé avant le jugement. Cette institution, qui frappe l'inculpé dans ses droits les plus sacrés avant que la justice ait statué sur son sort, atteint l'innocent au même titre que le coupable en les privant l'un et l'autre, pour un temps plus ou moins long, de leur liberté. Il n'est donc pas surprenant que la prison préventive ait été fort vivement attaquée, surtout si l'on songe que cette mesure, non seulement prive de sa liberté un homme qui n'a été ni reconnu coupable, ni condamné,

mais encore porte une atteinte considérable à sa réputation et à son honneur en confirmant, auprès du public, les soupçons fâcheux nés de l'arrestation.

103. Cependant, en abandonnant le seul point de vue de la liberté individuelle pour n'envisager cette institution qu'au point de vue de l'utilité sociale, et tout en reconnaissant à sa pratique les conséquences les plus fâcheuses, on est bien obligé d'admettre, dans l'intérêt de la répression, que son maintien dans nos lois est un mal indispensable, une injustice nécessaire. Par le fait même que l'on accorde à la société le droit de punir, on doit arriver logiquement à lui accorder la faculté d'accomplir sa mission ; or, la détention préventive est un de ses moyens et sa nécessité légitime son application (1).

La détention préalable n'est pas une peine, mais une garantie pour l'exécution de la peine. Il y a, en

(1) M. Faustin Hélie s'est exprimé sur ce point en termes définitifs : « C'est la nécessité qui l'a établie. Elle doit donc cesser partout où cette nécessité n'est pas démontrée..... C'est la nécessité qui l'a établie. Quel est son titre, en effet ? Comme mesure de sûreté, c'est le péril social ; comme garantie de l'exécution du jugement, c'est le péril d'une justice désarmée ; comme moyen d'instruction, c'est encore le péril d'une procédure impuissante. Ainsi, c'est l'urgence, c'est le danger des circonstances, c'est la nécessité des choses qui l'ont instituée. Elle n'a pas d'autre titre. Elle ne peut invoquer le droit de la justice, puisqu'elle ne sévit pas contre un coupable, mais contre un prévenu, puisqu'elle ne se fonde pas sur un jugement, mais sur une simple présomption, puisque le droit de la justice est précisément ce qui est en question. Elle ne peut invoquer le fait même de la poursuite, puisque la procédure a pour objet de vérifier si cette poursuite est fondée ou ne l'est pas, et par conséquent si la détention a ou n'a pas une cause valable. Il est donc certain que cette mesure n'est légitime que parce qu'elle est nécessaire. C'est là l'unique raison de son institution, l'unique titre de son existence.

» La nécessité étant la condition et la mesure de son application, dès que son utilité n'est plus constatée, la mesure est présumée inutile, et, si elle est inutile, elle n'est plus qu'un abus odieux. » — Faustin Hélie, *op. cit.*, t. IV, p. 606.

effet, de grandes présomptions pour que l'auteur d'un méfait, connaissant le jugement qui le frappe ou même la poursuite dont il est l'objet, ne cherche à se dérober par la fuite au châtiment qui le menace. Son incarcération préventive sera une certitude pour la société d'obtenir la réparation à laquelle elle a droit par suite du désordre et du préjudice que lui a causés l'infraction.

L'incarcération du prévenu est aussi une mesure de sûreté prise contre sa personne en même temps qu'une mesure d'instruction. C'est une mesure de sûreté pour la répression, parce qu'en supprimant la liberté de l'agent, auteur d'une infraction commise, on prévient ainsi toute nouvelle tentative. Les malfaiteurs sont mis immédiatement dans l'impossibilité de nuire et l'on évite fort souvent, pour l'avenir, les entraînements et les suites d'une première faute. C'est, en outre, une excellente mesure d'instruction, car, en supprimant les libres relations du détenu avec le monde extérieur, elle rend un service incontestable au succès de l'accusation. Ce mode d'information qui correspond à l'esprit de notre procédure inquisitoriale, place directement l'inculpé sous la main du magistrat chargé de procéder à l'instruction. Or, la justice puisant une partie de ses preuves dans les interrogatoires et parfois même les confrontations, il peut être d'une nécessité immédiate pour le juge d'instruction de contrôler un nouvel indice ou d'avoir les réponses de l'accusé sur tel ou tel point qu'il désire éclaircir ; dans ces cas fréquents, la présence du détenu auprès de lui rendra l'information plus prompte, plus sûre et plus

facile. Du reste, serait-il possible d'instruire une affaire si l'accusé, libre de toute entrave, pouvait entrer en lutte ouverte contre le juge, supprimer tout effet aux perquisitions, détruire les preuves de sa culpabilité, suborner de faux témoins, se concerter avec ses complices et même anéantir les traces de tout délit?

104. Mais, en garantissant par cette mesure rigoureuse la sécurité publique, le législateur doit protéger les intérêts de la liberté individuelle en fixant minutieusement son étendue d'application et en limitant aux cas d'extrême urgence « cette injustice nécessaire de l'État contre les individus ». Sa nécessité étant sa seule raison d'être, les magistrats ne doivent avoir recours à une semblable mesure qu'avec une réserve des plus grandes, car « l'ordre public est mieux servi par une institution qui laisserait échapper quelques coupables, que par celle qui exposerait l'innocent » (1), et M. Guillot dit fort bien : « La détention préventive a toujours été considérée comme un mal nécessaire auquel il convient d'apporter tous les tempéraments conciliables avec les exigences de l'intérêt public. Le magistrat qui comprend vraiment la grandeur de ses fonctions et qui est bien pénétré de leur esprit, professe pour la liberté individuelle un religieux respect. Institué pour la protéger en même temps qu'armé contre elle, chargé tout à la fois de punir les entreprises dont elle peut être l'objet et obligé de lui porter atteinte lorsque l'intérêt social l'exige, il ne doit user

(1) Berlier.

de sa puissance qu'avec une extrême modération, et, s'il se produisait un de ces abus dont rien de ce qui est humain ne peut être exempt, il devrait être le premier à le réprimer hautement. » (1)

SECTION II

Régime de la prison préventive

I

SITUATION MATÉRIELLE DES PRÉVENUS

105. Les prévenus étant présumés innocents jusqu'au jour où une condamnation est prononcée contre eux, il importe de préserver l'inculpé du contact répugnant et démoralisateur des condamnés. Il est donc juste, à côté de la *détention pénale*, d'organiser la *détention préventive* avec un régime plus doux pour l'homme présumé innocent. Dans ce but, le Code de 1808 avait édicté les dispositions suivantes: « Indépendamment des prisons établies pour peines, il y aura dans chaque arrondissement, près du tribunal de première instance, une maison d'arrêt pour y retenir les prévenus, et, près de chaque Cour d'assises, une maison de justice pour y retenir ceux contre lesquels il aura été rendu une ordonnance de prise de corps. » (Art. 603 Code instr. crim.) Le

(1) A. Guillot, *Des principes du Nouveau Code d'instruction criminelle*, p. 177.

législateur de cette époque ajoutait : « Les maisons d'arrêt et de justice seront entièrement distinctes des prisons établies pour peines. » (Art 604 Code instr. crim.)

106. Trois ans plus tard, le décret du 9 avril 1811 transféra aux départements la propriété des prisons existant dans les chefs-lieux d'arrondissement et de département, qui prirent, dès lors, le nom de prisons départementales. Les dépenses de construction et de grosses réparations furent mises par ce décret à la charge du département ; l'État contribuait à la dépense en gardant pour lui les frais d'entretien et, depuis la loi de finances du 5 mai 1855, les frais de service et d'administration Le don était onéreux pour les départements et des difficultés budgétaires ne permirent pas de réaliser les vœux de la loi. En fait, à peu près partout, accusés et prévenus étaient placés, dans les prisons départementales, dans le quartier réservé aux condamnés à moins d'un an.

107. C'est alors que, sous l'influence d'un grand enthousiasme pour les prisons cellulaires, le législateur crut devoir intervenir et, après une enquête parlementaire et sur le rapport de M. Béranger, de la Drôme, vota la loi du 5 juin 1875 qui, en réglementant « le régime des inculpés, prévenus et accusés », édictait, dans son article premier, la séparation individuelle de jour et de nuit pour les condamnés à une peine ne dépassant pas un an et un jour d'emprisonnement et pour les accusés. A l'avenir, la reconstruction ou l'appropriation des prisons départementales ne peuvent avoir lieu qu'en vue de l'application du régime cellulaire ; les plans et devis sont

soumis à l'approbation du ministre de l'intérieur, et l'État, suivant les ressources du budget, peut accorder des subventions aux départements (art. 6 et 7).

108. Pour les nouveaux bâtiments à construire, ces réformes étaient faciles ; mais, pour appliquer la loi aux locaux existant, il eût fallu démolir, ou tout au moins transformer la plupart des prisons départementales organisées selon le régime de la détention en commun ou en quartier. Aussi, malgré les promesses de subventions, beaucoup de conseils généraux reculèrent devant des dépenses souvent fort lourdes pour un budget départemental, et la loi du 5 juin resta en partie lettre morte, comme les prescriptions du Code de 1808. Les statistiques démontrent qu'en 1885, sur 382 prisons, 15 seulement avaient été appropriées au nouveau régime ; depuis, ce nombre a augmenté, mais faiblement (1). Toujours est-il que ces chiffres expliquent pourquoi, dix ans après la loi, on pensa qu'il était nécessaire de réglementer une fois de plus cette matière. Le décret du 11 novembre 1885 en prit soin et ordonna « d'isoler dans des locaux séparés les prévenus et accusés se trouvant en prison pour la première fois, de ceux qui ont des antécédents judiciaires » (2). Il est dit, en outre, qu'ils doivent occuper des locaux distincts selon leur sexe, leur âge et leur moralité. Des préaux et ateliers spéciaux doivent être affectés aux prévenus et accusés. Si la disposition des lieux ne permet pas des préaux distincts, le même préau doit servir à

(1) En dehors de Paris, on ne cite que 26 villes de province pourvues de prisons de ce genre.

(2) Normand, *Traité de droit criminel*, nos 350, 351, 352.

des heures différentes aux diverses catégories de prévenus.

S'inspirant de la pensée de M. Guillot, que « le régime de la prison n'est jamais trop sévère quand il s'agit d'un condamné, mais que tout ce qui ajoute une souffrance à la privation de la liberté, quand il s'agit d'un prévenu, est un acte d'injustice et un abus de pouvoir » (1), les auteurs du décret de 1885 ont amélioré, sur de nombreux points, le régime des détenus en faveur des inculpés.

109. Les condamnés sont astreints au travail et les bénéfices qu'il procure sont ainsi distribués : trois à cinq dixièmes leur sont remis, selon leurs antécédents et la nature de la condamnation ; moitié seulement de leur pécule est disponible, l'autre moitié est mise en réserve pour l'époque de leur libération ; quant au surplus, il est réparti suivant certaines règles entre l'État ou l'entrepreneur selon le mode de gestion des services de l'établissement (2). Pour les prévenus ou accusés, le travail est facultatif ; c'est sur leur demande qu'ils peuvent prendre part aux travaux admis ou organisés dans la prison, et ils touchent alors les sept dixièmes du produit de leur travail qu'ils peuvent dépenser intégralement.

110. Au point de vue des aliments, le régime ordinaire des condamnés ne leur est point imposé ; ils ont la faculté de se procurer des vivres supplémentaires dans une mesure beaucoup plus large que ces derniers, ils peuvent même faire venir leur

(1) Guillot, *Principes du nouveau Code d'instruction criminelle.*

(2) Ordonnance du 27 décembre 1843, complétée par un décret du 23 novembre 1893, et décret du 11 novembre 1885, art. 72.

nourriture du dehors, mais sous certaines restrictions (art. 53, 54 et 55). L'usage du tabac, formellement interdit aux condamnés, ne peut leur être retiré qu'exceptionnellement et par décision ministérielle rendue sur la proposition du directeur et l'avis du préfet, notamment lorsque l'état des lieux ne permet pas de les isoler totalement ou qu'il peut y avoir danger d'incendie pour l'immeuble (art. 58).

111. Les prévenus et accusés peuvent recevoir tous les jours au parloir la visite des personnes munies d'autorisation, sous la réserve des pouvoirs conférés au juge d'instruction et dans les conditions déterminées par les règlements (1) tandis que les condamnés ne sont visibles que deux fois par semaine (art. 47). Quant à leur correspondance, ils peuvent écrire quotidiennement à qui bon leur semble et non une seule fois la semaine comme les détenus en vertu d'une condamnation. Toutefois, leurs lettres sont lues et visées à l'arrivée et au départ par le directeur ou le gardien-chef, à l'exception des lettres adressées à l'autorité administrative ou judiciaire, ou à leurs défenseurs (art. 50). Les inculpés ne sont pas astreints à la règle du silence (art. 37), ni à la promenade dans les préaux (art. 38).

112. Les condamnés ayant à subir une détention

(1) Le droit de visite a été réglementé par une circulaire du 24 juillet 1866 et une circulaire du 26 août 1866. La loi du 8 décembre 1897 n'a en rien modifié la réglementation de ce droit. Le juge d'instruction peut donc refuser le permis de visite ; cependant, il a été formellement reconnu au Sénat « que si le juge abusait de son droit et de ses prérogatives et rétablissait en fait le secret, il encourrait une responsabilité qui pourrait être sanctionnée par une décision du garde des sceaux ».

de plus de trois mois, sont tenus, sauf dispense administrative, à porter le costume pénal ; les prévenus, au contraire, peuvent conserver leurs vêtements particuliers, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par l'autorité préfectorale dans un but d'ordre ou de propreté, ou même par l'autorité judiciaire dans l'intérêt de l'instruction. Pourtant, il ne leur est laissé ni argent, ni bijoux (sauf les bagues d'alliance), ni valeurs (art. 35). Ils peuvent louer à l'entrepreneur attaché à la prison, des meubles, de la literie et du linge, d'après un tarif de location dit « de pistole ».

113. Depuis le décret du 11 novembre 1885, une loi du 4 février 1893, « relative à la réforme des prisons pour courtes peines », est venue faire un nouvel effort afin de vaincre la résistance des départements relativement à la réforme matérielle des prisons. Aux termes de l'article premier de cette loi, les départements peuvent s'exonérer d'une partie des charges qui leur sont imposées par la loi du 5 juin 1875, en rétrocédant de gré à gré à l'État la propriété de leurs maisons d'arrêt, de justice et de correction. De plus, d'après l'article second, les prisons ne satisfaisant point « aux conditions indispensables d'hygiène, de moralité, de bon ordre ou de sécurité », peuvent être déclassées par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique et sur avis du Conseil supérieur des prisons. Ce déclassement oblige les départements à une reconstruction et à une nouvelle appropriation ; dans ce cas, ils auront droit, de la part de l'État, au maximum de subvention (art. 3).

Malheureusement, il faut reconnaître qu'en pratique fort peu de progrès ont répondu aux efforts de ces lois et que les modifications projetées ne s'accomplissent qu'avec une lenteur désespérante. Aussi, lors de la discussion de la loi sur la réforme de l'instruction préalable, M. Léveille a pu dire avec beaucoup de raisons : « Dans nos écoles de droit, nous essayons de faire comprendre à nos jeunes gens qu'il y a des lieux variés et distincts où quelques-uns subissent leur peine, d'autres où sont enfermés provisoirement les détenus, d'autres où sont enfermés provisoirement encore les accusés, d'autres, enfin, où l'on retient les individus sous mandat d'amener. Puis, quand on a défilé cette terminologie savante, on est obligé de conclure que, dans la pratique, tout cela c'est trop souvent la même chose. » (1)

114. Pour assurer la stricte observation des prescriptions que nous avons énumérées, les maisons d'arrêt sont placées sous la surveillance de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire qui doivent, par des visites fréquentes, se rendre compte que les dispositions légales sont rigoureusement appliquées. Les préfets, sous-préfets, maires, le préfet de police à Paris, ont mission de pourvoir à la sûreté et à la salubrité des prisons, à la nourriture et, en un mot, à toute l'organisation matérielle. D'autre part, certains magistrats : le juge d'instruction, le président des assises ou le président du tribunal civil, lorsque le lieu des assises n'est pas

(1) *Journal officiel*, séance des députés, 12 novembre 1897.

le chef-lieu où réside la Cour d'appel, sont chargés de rechercher les abus et de s'assurer de la légalité des titres de détention.

II

INTERDICTION DE COMMUNIQUER

115. Après avoir indiqué dans ses grandes lignes le régime de droit commun des prévenus, nous devons parler de la mise au secret, qui vient singulièrement aggraver les sévérités de la prison préventive.

Dans notre ancienne procédure inquisitoriale, cette institution était une véritable torture morale ajoutée aux tortures physiques auxquelles le prévenu était soumis le plus souvent, et avait fini par devenir la règle en matière de crime. L'ordonnance du mois de mai 1425 portait en effet : « Quand aucuns prisonniers seront amenés pour cas criminels, le geôlier sera tenu de les mettre en prison fermée en telle manière que nul ne parle à eux et, en ce point, les servir tant qu'il ait autre mandement du prévost ou de son lieutenant. » L'ordonnance de Charles VII d'avril 1453 disait également : « Défendons au geôlier des prisons de notre dict Parlement qu'il ne souffre aucune personne à aller à icelui prisonnier, ainsi mis en dictes prisons sous l'ordonnance de notre dicte cour et sous peine d'être gravement puni. » Et l'ordonnance de 1670, qui est restée en vigueur jusqu'à la Révolution, édictait dans son article 17 : « Ne sera permise aucune communication aux prisonniers en-

fermés dans les cachots, ni souffert qu'il leur sera donné aucune lettre ou billet. »

Les lois de la période révolutionnaire laissèrent subsister cette institution. L'article 8 du titre XV de la Constitution des 16-29 septembre 1791 déclare : « Les parents et amis de l'arrêté, porteurs de l'ordre de l'officier municipal, lequel ne pourra le refuser, auront le droit de se faire représenter la personne du détenu, et le gardien ne pourra s'en dispenser qu'en justifiant de l'ordre auprès du président ou directeur du jury, inscrit sur son registre, de le tenir secret. » L'article 579 du Code du 3 Brumaire de l'an IV contient une disposition analogue : « Le président du tribunal peut donner tous les ordres qu'il juge nécessaires pour l'instruction et le jugement. » Enfin, la Constitution du 22 Frimaire de l'an VIII décide que la présentation de la personne détenue ne pourra être refusée à ses parents et amis porteurs de l'ordre de l'officier civil, lequel sera toujours tenu de l'accorder, « à moins que le gardien ou geôlier ne représente une ordonnance du juge pour tenir la personne au secret ».

Le Code d'instruction criminelle ne consacrait aucun article à l'interdiction de communiquer ; mais la jurisprudence et la doctrine admirent que le juge d'instruction avait le droit de faire mettre le prévenu au secret, ce droit paraissant ressortir des articles 613 § 2 et 618 du Code d'instruction criminelle (1).

(1) Art. 613 § 2 : « Le juge d'instruction et le président des assises pourront néanmoins donner respectivement tous les ordres qui devront être exécutés dans les maisons d'arrêt et de justice, et qu'ils croiront nécessaires soit pour l'instruction, soit pour le jugement. » — Et l'article 618 édicte une pénalité contre « le gardien qui aura refusé ou de montrer la personne détenue ou de montrer l'*ordre qui le lui défend* ».

116. Cette mesure, qui vient augmenter les rigueurs de la prison préventive, a été violemment attaquée, comme une institution inhumaine portant atteinte même aux droits de la défense. On a prétendu que la détention pour un accusé présumé innocent, ne doit pas dépasser la privation de la liberté. C'est, dit-on, une disposition véritablement barbare que de supprimer les communications d'un inculpé avec sa famille et d'entraver sa libre défense en lui enlevant le secours d'un défenseur aussi utile durant l'instruction que pendant l'audience. Pour appuyer leur thèse, les adversaires de la mise au secret citent des espèces retentissantes bien souvent invoquées et dans lesquelles des juges d'instruction seraient parvenus à arracher des aveux à des innocents grâce à cette cruelle torture morale (1). Ces critiques tombent plutôt sur les réels abus qui ont été faits de cette institution que sur sa nature elle-même.

Nous pensons que l'utilité de la prison préventive, c'est-à-dire sa raison d'être, n'est concevable en certains cas que par l'interdiction de communiquer. A quoi servirait-il, en effet, de maintenir l'inculpé en détention, s'il pouvait librement communiquer avec le dehors, corrompre des témoins, s'entendre avec ses complices, faire disparaître les traces de son crime. Mais, nous ajoutons bien vite qu'il appartient à la sagesse du législateur et surtout à la prudence des magistrats de restreindre le plus possible la durée et le nombre de ce trop rigoureux mode d'ins-

(1) *Gazette des Tribunaux* du 3 mars 1877. — Arrêt de la Cour d'assises du Nord du 13 août 1861, affaire Gardin.

truction, en le limitant strictement à sa nécessité même (1).

117. Déjà une circulaire datant du 10 février 1819 commente ces principes : « L'interdiction de communiquer est autorisée par les articles 613 et 618. L'usage en est utile en certaines circonstances et particulièrement dans les crimes commis de concert et par complot ; mais l'emploi indifférent de cette mesure contre tous les prévenus ou sa prolongation est tellement contraire à la bonne administration de la justice et aux droits de l'humanité, que les juges d'instruction n'en sauraient user avec trop de réserve. Ils ne doivent l'ordonner que lorsqu'elle est indispensable à la manifestation de la vérité et, seulement, durant le temps nécessaire pour atteindre ce but. Jamais, au surplus, il ne doit être ajouté à la rigueur de ce moyen d'instruction aucune rigueur accessoire, et le prévenu momentanément privé de communica-

(1) M. Faustin Hélie, *Instr. Crim.*, t. IV, le dit fort justement : « Le juge d'instruction ne perdra pas de vue que l'interdiction de communiquer a pour effet de séparer douloureusement le prévenu de sa famille et de ses amis au moment où il a le plus besoin de leur secours, et de jeter dans son âme attristée par la solitude le trouble et le découragement au moment où il lui faut toutes ses forces pour lutter contre l'accusation que la société a élevée contre lui. »

— En *Belgique*, sa durée maxima est de 3 jours (loi du 10 avril 1874, art. 2). En *Allemagne*, le juge ne peut jamais empêcher le prévenu de communiquer avec son avocat, soit verbalement, soit par écrit, mais il peut toujours exiger que la correspondance lui soit communiquée et déléguer un représentant de l'autorité judiciaire aux entrevues. Dans le *canton de Genève*, l'interdiction de communiquer est de 8 jours et peut être prolongée avec l'autorisation de la Chambre d'instruction. En *Espagne*, elle est limitée à 5 jours, sauf en cas de délit commis hors du territoire. En *Ecosse*, depuis la loi du 16 décembre 1887, le prévenu peut communiquer librement avec son défenseur qui l'assiste dès le début de l'instruction. L'*Autriche* ne connaît pas l'interdiction de communiquer.

tions doit être, à tout autre égard, traité comme les autres détenus. »

118. Pour réprimer les abus de la pratique et répondre à l'opinion publique, le législateur vota la loi du 14 juillet 1865. Cette loi ajouta un troisième paragraphe à l'article 613, qui restreignit légèrement le pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction en le soumettant à certaines formalités qui constituaient des garanties plus sérieuses pour le prévenu : « Lorsque le juge d'instruction croira devoir prescrire à l'égard de l'inculpé une interdiction de communiquer, il ne pourra le faire que par une ordonnance qui sera transcrite sur le registre de la prison. Cette interdiction ne pourra s'étendre au-delà de dix jours ; elle pourra toutefois être renouvelée. Il en sera rendu compte au procureur général. » Ce texte offrait une double garantie contre l'abus de la mise au secret : d'abord en limitant la durée de cette mesure, sauf renouvellement, et surtout en prescrivant d'en informer le chef du parquet général sous la surveillance duquel le juge d'instruction est placé. Malheureusement, sa durée restait en fait illimitée, le juge pouvant renouveler indéfiniment son ordonnance. Elle s'étendait, en outre, à toute personne, au conseil même de l'inculpé, et le pouvoir du juge d'instruction restait, en réalité, sans limites. La loi ne fixant pas le délai dans lequel le procureur général devait être instruit de la mesure extraordinaire prise à l'égard du détenu et ce dernier n'ayant aucun recours devant la Chambre d'accusation contre une ordonnance de mise au secret, même mal fondée, la liberté individuelle se trouvait fort peu garantie.

119. Dès lors, on comprend très bien que le législateur ne se soit pas montré satisfait par ces améliorations minimes. Tous les projets de réforme du Code d'instruction criminelle dont le parlement a été saisi, établissaient des dispositions restrictives à l'interdiction de communiquer. Aussi, les auteurs de la loi du 8 décembre 1897 ont intercalé dans son texte un article 8 ainsi conçu : « Si l'inculpé reste détenu, il peut, aussitôt après la première comparution, communiquer librement avec son conseil. Le paragraphe final ajouté par la loi du 14 juillet 1865 à l'article 613 du Code d'instruction criminelle est abrogé en ce qui concerne les maisons d'arrêt ou de dépôt soumises au régime cellulaire. Dans toutes les autres, le juge d'instruction aura le droit de prescrire l'interdiction de communiquer pour une période de dix jours ; il pourra la renouveler, mais pour une nouvelle période de dix jours seulement. En aucun cas, l'interdiction de communiquer ne saurait s'appliquer au conseil de l'inculpé. » Trois modifications principales sont portées par ce texte à la loi de 1875.

1° L'interdiction de communiquer est supprimée dans les maisons cellulaires. Toutefois, même dans ces établissements de détention, une précaution s'imposait; la circulaire de M. le Garde des sceaux (1) n'a point manqué de la prendre. « Si, en raison de l'encombrement, deux ou plusieurs détenus devaient être réunis dans la même cellule, le juge pourrait incontestablement ordonner que cette mesure, pure-

(1) Circul. précitée du 10 décembre 1897.

ment administrative et provisoire, ne s'appliquerait pas à l'inculpé. »

2° La durée de l'interdiction de communiquer est limitée à vingt jours. Dans les maisons non cellulaires, le juge peut donc renouveler son ordonnance, mais une seule fois et pour une période de dix jours. La chambre du conseil n'ayant pas été rétablie par la loi nouvelle, le juge, pour ce faire, n'a à solliciter aucune approbation.

Au bout de vingt jours, quels que soient les dangers qui puissent en résulter pour la conduite de l'information, quelle que soit la gravité de l'inculpation, même pour des affaires de haute trahison ou des crimes anarchistes, l'inculpé retombera dans le régime de l'emprisonnement en commun. La circulaire du garde des sceaux a tenté un correctif: « Après un délai de vingt jours, les nécessités de l'information peuvent exiger qu'il n'y ait aucune communication entre deux ou plusieurs inculpés. Les ordres que le juge d'instruction donnerait pour éviter, entre les individus poursuivis à raison de la même infraction, une entente préjudiciable à la manifestation de la vérité, ne sauraient être considérés comme un renouvellement illégal de l'interdiction de communiquer. » Cette restriction au principe de l'article 8 est peut-être dictée par la force même des choses, mais il est indéniable qu'elle n'est pas irréprochable au point de vue juridique, car elle va à l'encontre de la pensée du législateur (1).

3° Enfin l'interdiction de communiquer ne s'ap-

(1) Voir Brégeault et Albanel, *Lois nouvelles*, 1898, p. 90, n° 84.

plique pas au conseil. Cette innovation est la plus importante. « L'avocat, dit encore M. le Garde des sceaux, par le sentiment qu'il a de son devoir professionnel, dont l'accomplissement est d'ailleurs surveillé avec un soin jaloux par le Conseil de l'ordre, par le soin qu'il a de sa considération et de sa réputation, est mis à l'abri de certaines faiblesses qu'on est en droit de redouter de la part des parents et amis du prévenu, si on les autorisait à communiquer avec lui dès le début de l'instruction. »

CHAPITRE II

DE LA SUSPENSION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

120. Nous avons cherché à légitimer la prison préventive par son utilité même, en nous efforçant de la faire supporter pour des raisons de nécessité pratique. Or cette nécessité ne se fait pas également sentir au même degré durant tout le cours de l'instruction.

« N'arrivera-t-il pas souvent, en effet, qu'un homme mis en détention préventive offre des garanties morales et matérielles qui rendent la présomption de fuite à peu près impossible, ou bien que les principaux témoins ayant été entendus, il n'y a plus lieu de craindre des attaques et des influences contre la vérité, ou bien enfin, que les indices qui ont déterminé le mandat de dépôt ont diminué de telle sorte que la chance d'acquittement est très supérieure à celle de la condamnation ? Dans ces hypothèses, la détention préventive n'est plus nécessaire, et lorsqu'elle n'est plus indispensable, elle devient un malheur. A quoi bon, en effet, arracher un homme à sa famille, à ses affaires, à son travail ? A quoi bon garder en prison un malheureux qui sortira ruiné parce que, quelques

mois avant son acquittement, il aura été retenu sous un immuable mandat de dépôt. » (1)

Or, une fois prise, une mesure aussi pénible est-elle irrévocable pendant toute la durée de l'instruction, souvent fort longue, et la loi n'a-t-elle pas cherché à remédier à la situation désastreuse qui serait faite au prévenu s'il devait attendre en prison la fin de l'information ? Antérieurement à la loi du 4 avril 1855, la mise en liberté provisoire n'avait jamais lieu d'office pour l'inculpé. Elle constituait une faveur, laissée à l'appréciation de la chambre du conseil jusqu'à la loi du 17 juillet 1856, et qui appartint ensuite au juge d'instruction lorsque cette juridiction fut supprimée. En second lieu, jamais la liberté provisoire n'était accordée lorsque la peine à prononcer était afflictive et infamante. Les repris de justice et les vagabonds étaient exclus de son bénéfice. Enfin, l'obligation de fournir caution était une condition essentielle pour l'obtenir.

En somme, le système du Code d'instruction criminelle aboutissait à une solution injuste, car, si le juge s'apercevait dans le cours de l'information du caractère bénin des faits reprochés à l'inculpé, faits qu'au début il avait pu croire sérieux, il ne pouvait en rien modifier la situation malheureuse qu'il avait créée pour des actes qui souvent ne méritaient pas d'entraîner une longue détention. Le seul moyen pour le prévenu de rompre son incarcération consistait à déposer une demande de mise en liberté provisoire que l'exigence du cautionnement rendait

(1) M. Nogent Saint-Laurent : Rapport sur le projet présenté à la Chambre les 4 et 13 avril 1855.

impossible pour les prévenus non fortunés. Incontestablement une réforme s'imposait.

Le législateur de 1855 et de 1865 a étendu la liberté provisoire aux accusés de crime, rendu le cautionnement facultatif et portant un double tempérament aux inconvénients de la détention préalable ; il a organisé la mainlevée d'office des mandats de dépôt et d'arrêt et la mise en liberté provisoire.

SECTION PREMIÈRE

Mainlevée d'office des mandats de dépôt ou d'arrêt

121. La loi du 4 avril 1855 vint apporter une première atténuation aux rigueurs du Code, en autorisant la Chambre du conseil à donner mainlevée des mandats de dépôt quel que fût le chef de l'inculpation. Ce pouvoir passa au juge d'instruction l'année suivante ; cependant, pour décharger le juge, dans une certaine mesure, de la décision à prendre et lui permettre d'évincer les sollicitations trop pressantes de l'inculpé et surtout de sa famille et de ses amis, la mainlevée du mandat de dépôt ne pouvait avoir lieu que sur les conclusions conformes du procureur impérial.

122. La loi de 1855 n'étendait pas ses dispositions au mandat d'arrêt, auquel elle désirait conserver des garanties plus sérieuses : « Les formalités, en effet, dont la loi environne ce dernier mandat garan-

tissent qu'il ne sera décerné qu'en pleine connaissance de cause ; elles en font une sorte de jugement et doivent emprunter un caractère d'irrévocabilité à la détention préalable qui en est la conséquence. » (1) Cette distinction, qui se basait en outre sur le caractère provisoire que le mandat de dépôt avait à son origine, était fort peu rationnelle, car en pratique, pour des raisons de commodité, les magistrats employaient presque toujours le mandat de dépôt à l'exclusion du mandat d'arrêt. La loi du 14 juillet 1865 vint faire disparaître cette anomalie en améliorant les dispositions de la loi de 1855 dans un sens plus libéral. Ajoutant un troisième paragraphe à l'article 94 du Code d'instruction criminelle, elle décide que « le juge d'instruction pourra, sur les conclusions conformes du procureur de la République et quelle que soit la nature de l'inculpation, donner mainlevée de tout mandat de dépôt ou d'arrêt, à la charge pour l'inculpé de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis ». Donc, depuis la loi du 14 juillet 1865, les mandats de dépôt et d'arrêt peuvent être l'un et l'autre l'objet d'une mainlevée.

Cette mainlevée peut être donnée par le juge d'instruction ou par les personnes qui lui sont substituées dans des circonstances exceptionnelles, par exemple, en vertu des articles 235, 479 à 503 du Code d'instruction criminelle. Elle a lieu d'office, non seulement sans demande de l'inculpé, mais en dehors de sa participation.

(1) Exposé des motifs de la loi du 4 avri 1855. *Moniteur* du 18 janvier 1855, p. 70.

« Le texte semble, cependant, supposer un engagement de sa part, car il dit que la liberté lui est accordée « à la charge..... de se représenter à tous »les actes de la procédure et pour l'exécution du juge»ment aussitôt qu'il en sera requis»... Mais c'est là une condition de fait que le juge d'instruction exigera sans doute, mais dont il peut se passer et qui ne le lie point. Quelle que soit, en effet, l'attitude de l'inculpé pendant la suite du procès, il pourra décerner contre lui un nouveau mandat de dépôt ou d'arrêt, parce qu'une mesure d'instruction est toujours susceptible d'être reprise. » (1)

Il paraît certain que si l'incarcération du prévenu est à nouveau ordonnée, elle ne devra être précédée des conclusions du ministère public que si elle est effectuée par mandat d'arrêt (2).

L'ordonnance de mainlevée n'est pas susceptible d'opposition. Par une telle disposition, le législateur a entendu fermer cette voie de recours à la partie civile seule, et cela se comprend, car on ne peut admettre que le procureur de la République fasse opposition à une ordonnance rendue conformément à ses conclusions. D'autre part, si le juge refuse de donner mainlevée des mandats, l'article 94 ne l'obligeant pas à ce sujet à rendre une ordonnance, aucune opposition du ministère public n'est possible. Quant à l'inculpé, ne pouvant réclamer cette mesure qu'à titre purement officieux, en cas de refus aucune voie de recours ne pourrait lui être ouverte.

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 600, n° 896.
(2) *Contra :* Dutruc, *Code de la détention préventive*, 1866, n° 56

Cette mainlevée d'office, que personne en droit ou en fait ne peut attaquer, a donc le caractère d'un acte de juridiction gracieuse. Mais il dépend de l'inculpé d'en faire un acte de juridiction contentieuse en formulant une demande écrite de mise en liberté provisoire. Toutes les parties en cause seront alors admises à déposer leurs conclusions ; le juge d'instruction jugera et son ordonnance pourra être attaquée, au moyen de l'opposition, par celle des parties qui y aura intérêt.

SECTION II

Des demandes de mise en liberté provisoire

123. Lorsque le magistrat instructeur ne donne pas mainlevée des mandats qui maintiennent l'individu en état de détention préventive, régulièrement ce dernier doit attendre dans cette situation le jugement qui termine le procès pénal. Souvent le délai qui s'écoule entre l'arrestation et le jugement est fort long, et comme il serait inhumain de conserver en prison de longs mois un individu peut-être innocent, le législateur, dans le but de sauvegarder le plus possible le principe de la liberté individuelle, surtout lorsqu'elle ne se trouve pas en opposition avec l'intérêt général, a organisé la liberté provisoire, qui consiste à supprimer momentanément l'incarcération du détenu, moyennant caution ou promesse de se représenter en justice.

124. Le Code de 1808, inspiré par la procédure inquisitoriale, avait prévu la liberté provisoire, mais la limitait aux conditions les plus restrictives.

La mise en liberté provisoire ne pouvait jamais être accordée en cas de crime (article 113 ancien) ; elle ne pouvait l'être en cas de délit si le prévenu était un vagabond ou un repris de justice (1). La question de savoir si elle était de droit fut fort controversée en doctrine et en jurisprudence. La Cour de cassation, après avoir d'abord admis l'affirmative (2), changea formellement sa jurisprudence dans un sens opposé (3) ; et encore, dans les cas où elle pouvait être accordée, le prévenu était toujours obligé de fournir caution. La solvabilité de cette caution discutée par le ministère public et la partie civile, le cautionnement pouvait être remis par l'inculpé lui-même en justifiant d'immeubles suffisamment importants ou en déposant une somme à la caisse de l'enregistrement. Mais, s'il laissait contraindre sa caution, il ne pouvait par la suite solliciter une nouvelle liberté provisoire, même en présentant une nouvelle caution. La loi fixait, en outre, le minimum du cautionnement à 500 francs et laissait l'évaluation du maximum à la compétence du juge.

Il est facile de se rendre compte que cette législation manquait de libéralisme.

(1) Par analogie avec l'ancien droit, la Cour de Cassation décida, dans le silence du Code, qu'il fallait entendre par « repris de justice » les individus condamnés à une peine afflictive ou infamante. Cass., 26 mai 1838. S., 1838-1-517.

(2) Cass., 21 avril 1815. S., 1815-1-42. — Cass., 15 juillet 1837. S., 1837-1-570. — Cass., 17 mars 1841. S., 1841-1.-779. — Cass., 22 avril 1841. S., 1841-1-451. — Cass., 17 juillet 1841. S., 1841-1-779.

(3). Cass., 23 février 1844. S., 1844-1-202.

Pour tous les défenseurs de la liberté individuelle, la réforme de cet état de choses se faisait impérieusement sentir, et M. le député Roger présenta en vain, dans le courant de l'année 1831, un projet de loi tendant notamment à supprimer la nécessité du cautionnement. Jusqu'en 1865, les projets se succédèrent, et, si l'on excepte le décret du 23 mars 1848, qui supprima le minimum du cautionnement, aucune modification sérieuse n'avait encore été apportée avant la loi du 14 juillet 1865.

L'idée fondamentale du système de la loi est de laisser au juge un pouvoir discrétionnaire pour accorder la liberté provisoire (1), tout en augmentant le nombre des cas dans lesquels elle pouvait être accordée et en diminuant les difficultés qu'il y avait à l'obtenir (2).

C'est ainsi qu'à côté de la mise en liberté provisoire facultative, le législateur plaça la mise en liberté provisoire de droit (art. 113, § 2). En principe, pour le prévenu, la première est une faveur, la seconde un droit.

(1) « La liberté d'appréciation laissée au juge est la donnée fondamentale du projet (de la loi). La justice ou l'opportunité de la détention préalable ne sera jamais qu'une question de fait à décider dans chaque espèce par des considérations particulières : c'est le domaine du juge. On peut se fier à sa discrétion et à ses lumières, à son amour du devoir, au sentiment de sa responsabilité. » Exposé des motifs de la loi de 1865.

(2) « Nous avons pensé, disait le rapporteur, et cela a été surtout l'espérance de la commission, qu'en inscrivant dans la loi le droit à la liberté dans certains cas, il y aurait de la part du législateur une telle volonté imprimée que la magistrature, qui a conscience de ses devoirs et qui sait les remplir, s'inspirerait enfin des sentiments révélés par la loi nouvelle ; qu'en dehors des textes de la loi même, l'idée de la liberté provisoire de droit s'emparerait de la pratique des faits et qu'on verrait décroître graduellement les chiffres douloureux de la détention préventive. » Séance du 29 mai 1865. *Moniteur* du 30 mai, page 694.

Les conditions qui les font naître étant loin d'être identiques, il convient d'étudier séparément ces deux formes de la liberté provisoire (1).

TITRE I

De la mise en liberté provisoire de droit

125. La mise en liberté provisoire de droit est organisée par le nouvel article 113 du Code d'instruction criminelle, §§ 2 et 3 : « En matière correctionnelle, la mise en liberté sera de droit, cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement. La disposition qui précède ne s'appliquera ni aux prévenus déjà condamnés pour crime, ni à ceux déjà condamnés à un emprisonnement de plus d'une année... » Les conditions exigées pour la mise en liberté provisoire de droit sont donc les suivantes :

126. 1° Il faut qu'il s'agisse d'un délit.

2° Le maximum de la peine encourue doit être inférieur à deux ans d'emprisonnement. Une difficulté peut se présenter : Comment dès le début des poursuites déterminera-t-on la peine encourue ? Faudra-t-il se baser sur la nature de la plainte ou de la dénonciation, sur les énonciations contenues dans le mandat ou le réquisitoire du ministère public ? Cette opinion n'est pas soutenable, car la qualification

(1) Massabiau, *Manuel du procureur du roi*, t. II, p. 341.

mentionnée dans ces actes ne lie nullement le magistrat chargé de l'information, et nous admettrons avec M. Flamand que « si la loi accorde un délai de cinq jours au juge d'instruction, c'est pour lui donner le temps d'examiner plus à fond la nature de l'inculpation et apprécier pendant ce délai si la qualification primitive doit être ou non maintenue » (1).

3° Il faut que le prévenu soit domicilié. Le domicile dont parle la loi de 1865 n'est évidemment pas celui qui est établi selon les dispositions du Code civil. Il faut prendre, au contraire, le mot domicile dans le sens que lui a donné la jurisprudence en interprétant l'article 27 du Code pénal. « Il s'agit donc ici du domicile de fait, du lieu où l'inculpé réside habituellement, où il a son établissement, ses ressources, où il travaille, où il est fixé. » (2) De plus, il ne semble pas nécessaire que l'inculpé ait son domicile dans l'arrondissement du lieu de l'information, il suffit qu'il possède une résidence régulière, car on ne trouve aucune distinction dans la loi (3) ; mais son domicile doit être en France.

4° Aux termes de l'article 113 § 3, le prévenu ne doit pas déjà avoir été condamné pour crime ou à un emprisonnement de plus d'une année. L'ambiguïté de la formule a donné naissance à une grave controverse. On reconnaît sans difficulté que la liberté de droit est impossible lorsque le prévenu a été condamné précédemment, pour crime ou délit, à plus

(1) Flamand, *op. cit.*, p. 141.
(2) Faustin Hélie, *op. cit.*, t. V., p. 190.
(3) *Sic :* Les travaux préparatoires de la loi. *Contra* : Morin, *op. cit.*, 8112, p. 301.

d'un an de prison, et qu'elle est possible, au contraire, lorsqu'il a été condamné pour simple délit à un an ou à moins d'un an de la même peine. Mais il peut arriver par le jeu des excuses et des circonstances atténuantes, qu'un individu poursuivi pour crime soit condamné à une peine d'emprisonnement ne dépassant pas une année. Pourra-t-il, par la suite, bénéficier de la liberté provisoire ? En prenant à la lettre le paragraphe 3 de l'article 113, il faut reconnaître que ce texte exclut tous les condamnés pour *crime*, quelle que soit la peine qui a été prononcée contre eux. Cependant, cette solution n'était probablement pas dans l'intention du législateur, car une semblable interprétation admettrait que la loi a été rédigée en des termes bien obscurs, et si le législateur avait voulu faire une distinction si complète entre les délits et les crimes, on est autorisé à croire qu'il n'eût pas manqué de le dire. Cette dernière supposition, beaucoup plus favorable au prévenu, a encore le mérite de se baser, pour établir le degré de faveur dont les détenus sont dignes, non sur les termes de la prévention, mais plutôt sur la nature de la peine qui les frappe (1).

Au cours de la discussion de la loi de 1865, il a été répété continuellement que la distinction entre les crimes et les délits était plus nominale que réelle, et que pour mesurer la gravité des faits, il fallait surtout envisager les conditions dans lesquelles ils s'étaient produits. L'on peut donc penser que le législateur voulait exclure seulement les condamnés ayant le

(1) Flamand, *op. cit.*, p. 144, 145, 146. — Dutruc, *op. cit.*, n° 52. — Garraud, 475. — F. Hélie, *Pratique criminelle*, t. I, p. 210. — Voilley, p. 297.

premier terme de la récidive d'après les articles 56, 57 et 58 du Code pénal (1). Depuis la loi du 26 mars 1891 (loi Béranger), qui réforme ces deux derniers textes, s'inspirant de l'esprit de la loi de 1865 et des motifs précédemment invoqués, on admet généralement que les condamnés exclus de la liberté provisoire de droit sont ceux qui ont le premier terme de la récidive criminelle ou les grands récidivistes correctionnels. Mais, appliquer aujourd'hui la circulaire ministérielle du 4 octobre 1865, où il est dit « qu'une peine *quelconque* antérieurement encourue pour crime ou un emprisonnement de plus d'une année pour délit rendent le détenu indigne de cette faveur », ce serait adopter une pratique mixte qui aurait les résultats fâcheux de priver de la liberté provisoire certains récidivistes condamnés, sous l'accusation de *crime*, seulement à de petites peines d'un an ou de moins d'un an d'emprisonnement, et de l'accorder à d'autres récidivistes condamnés à des peines identiques ou même plus fortes ne dépassant pas une année de prison, parce qu'ils ne sont inculpés que de *délits* (2).

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 596, note 1.

(2) Le 25 février 1901, M. Cruppi a déposé sur le bureau de la Chambre une proposition de loi tendant à garantir la liberté individuelle et ainsi conçue : « La disposition suivante est ajoutée à l'article 113 du Code d'instruction criminelle :

« Dans les cas prévus et punis par l'article 401 du Code pénal, la mise en liberté provisoire sera de droit cinq jours après l'interrogatoire si le préjudice causé n'excède pas 25 francs, et si le prévenu domicilié se trouve dans les conditions prévues au paragraphe précédent. » (*Revue pénitentiaire*, 1901, p. 608). — L'article 401 du Code pénal spécifie que le vol simple est puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus ; ce maximum rend l'article 113 inapplicable dans un grand nombre de cas.

5° Enfin, la mise en liberté provisoire n'est de droit que cinq jours seulement après l'interrogatoire. Ce délai, qui part du premier interrogatoire (1), subi dans les vingt quatre heures de la comparution de l'inculpé, est un délai maximum ; c'est-à-dire que si des renseignements suffisants parviennent au magistrat instructeur avant l'expiration des cinq jours, il aura le devoir moral de remettre immédiatement le prévenu en liberté. Ce délai a été choisi parce qu'il a paru suffisant pour interroger et confronter l'inculpé.

La mise en liberté provisoire de droit est-elle conditionnée à une demande du prévenu? Il faut admettre la négative, car cela ressort des termes de l'article 113 § 2, d'après lequel la liberté provisoire est « de droit ». Le juge d'instruction devra donc élargir d'office l'inculpé, lorsqu'il reconnaît que ce dernier remplit les prescriptions voulues pour bénéficier de cette mesure, et par conséquent sans attendre une demande de sa part, qui ne serait qu'une inutile formalité. Mais si, contrairement au juge d'instruction, le prévenu soutient qu'il réunit les conditions énumérées par l'article 113 § 2, il devra alors faire une demande et le magistrat rendra une ordonnance qui sera susceptible d'opposition.

Cependant, par suite de la place qu'occupent les textes régissant la liberté provisoire de droit dans le chapitre VIII du Code d'instruction criminelle, qui traite en général de la liberté provisoire sur demande (art. 113 et suiv.), on est autorisé à conclure qu'il n'y aurait pas de détention arbitraire, si le juge ne

(1) V. la réponse de M. Lacaze, commissaire du gouvernement, à M. Millet (D. P. 64-4-158), et Laborde, *op. cit.*, n° 889, *in fine*.

l'accordait pas d'office quand elle ne lui est point demandée (1).

127. Lorsque le juge d'instruction statue sur une demande de mise en liberté provisoire formée par l'inculpé, il fait acte de *juridiction contentieuse*, et toujours, en argumentant de la situation dans le même chapitre des articles 113 et 119, on peut déduire que la demande de mise en liberté provisoire de droit est instruite contradictoirement avec le ministère public et la partie civile; les conclusions du procureur de la République ne lieront pas le juge, et l'ordonnance qui interviendra sera susceptible d'opposition (2).

Le rapprochement des articles 113, 114, 118 et 119 paraît indiquer, en outre, que la loi a voulu soumettre *à la même procédure* toutes les demandes de mise en liberté provisoire, sans distinguer le cas où cette liberté est de droit de celui où elle peut être refusée (3). Donc, ces deux modes de l'élargissement provisoire comportent, l'un et l'autre, une demande de liberté écrite par l'inculpé, la notification de cette demande à la partie civile et une ordonnance sujette aux mêmes voies de recours. Au contraire, la facilité pour le juge d'apprécier l'opportunité de cette mesure, avec la faculté de la soumettre à un cautionnement, la reprise enfin de la

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 889.

(2) Laborde, *op. cit.*, n° 897.

(3) *Contra* : Flamand, p. 151. — G. Picot, *Recherches sur la mise en liberté sous caution* (*Revue critique*), t. 23, p. 329. — Trébutien, t. II, p. 361. — Dutruc, p. 95, n° 74. Les mêmes auteurs décident toutefois que le défaut de notification ne peut priver la partie civile du droit de présenter des observations.

détention préventive, constitueront des modalités spéciales de l'élargissement provisoire de droit commun.

Telle est cette institution de la liberté provisoire de droit. Tout en rendant justice aux pensées généreuses que la loi du 14 juillet 1865 a introduites dans notre législation, il faut reconnaître qu'elle n'a pas produit tous les avantages qu'on espérait y trouver. Si l'on jette les yeux sur le livre III du Code pénal, on aperçoit fort peu de peines inférieures à deux ans d'emprisonnement ; encore parmi ces dernières trouve-t-on celles qui sont infligées pour délits de vagabondage ou de mendicité et dont les inculpés, manquant le plus souvent de domicile, ne peuvent invoquer les faveurs de la loi. Ceci indique qu'en fait, les bénéficiaires de la liberté provisoire de droit restent une infime minorité (1). Du reste, « il est rigoureusement exact d'affirmer qu'en France, de nos jours, la liberté provisoire dans nos usages judiciaires n'a rien gagné aux leçons du passé et qu'elle constitue, plus que jamais, une faveur, et une faveur fort restreinte, dans le cas où cependant elle devrait être un droit strict. Il semblerait qu'elle effraye nos magistrats. » (2)

Mais, une fois accordée, le juge d'instruction a-t-il le pouvoir de faire cesser *ad nutum* cette mesure qui

(1) Le compte général sur l'administration de la justice criminelle corrobore ces assertions : en 1875, sur 100,829 détenus, 178 furent reconnus en droit d'être mis en liberté provisoire ; en 1876, sur 101,399 individus détenus, 123 bénéficièrent de la loi de 1865. La proportion est demeurée la même dans les années suivantes. En 1896, sur 111,379 inculpés soumis à la détention préventive, 127 profitèrent de l'article 113 § 2.

2) Marcy, *L'accusé devant la loi pénale*, p. 171.

relaxe, au bout de cinq jours, les inculpés réunissant les prescriptions de l'article 113 § 2 ? — « Le juge d'instruction, dit M. Laborde, n'a pas le droit de la retirer ; l'inculpé, en faisant défaut après son élargissement, n'en est pas déchu : les articles 115 et 125 ne s'appliquent point à cette situation. Aussi, l'article 113 § 2 s'abstient-il de qualifier cette mise en liberté. C'est, à notre avis, *une extinction légale* de la détention préventive, analogue à celle que la même loi du 14 juillet 1865 attache à l'acquittement devant le tribunal correctionnel (art. 206). » (1)

Cette dénomination de *mise en liberté provisoire de droit*, que l'on emploie par opposition à celle de *mise en liberté facultative*, est donc une dénomination impropre, puisque la mise en liberté dont bénéficie l'inculpé est essentiellement définitive ; tant que la prévention restera la même, il ne pourra être repris. Logiquement, il faudrait traiter cette matière dans les causes d'extinction de la détention préventive. Cependant, cette institution ayant de nombreux points de contact avec la liberté provisoire de droit commun — leur procédure étant semblable, semblables aussi les voies de recours dont elles sont susceptibles, semblables encore les causes qui mettent fin à l'une et à l'autre, — suivant en cela l'exemple du Code, nous avons traité ces deux questions au même chapitre.

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 889.

TITRE II

De la mise en liberté provisoire facultative

I. — Généralités

128. Toutes les fois que le juge ne se trouve pas dans les hypothèses prévues par l'article 113 § 2 du Code d'instruction criminelle, la mise en liberté du détenu est pour lui une pure faculté. « En toute matière, le juge d'instruction pourra, sur la demande de l'inculpé et sur les conclusions du procureur de la République, ordonner que l'inculpé sera mis provisoirement en liberté, à charge, par celui-ci, de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis. » (art. 113 § 2.) Ainsi se trouve consacré le pouvoir discrétionnaire du magistrat instructeur. En droit, aucun inculpé n'est exclu du bénéfice de la liberté provisoire, eût-il commis un crime capital, fût-il vagabond ou même récidiviste ; en fait, l'on a vu avec quelle parcimonie la liberté était distribuée.

129. Les formalités que l'inculpé doit remplir pour demander sa mise en liberté provisoire sont au nombre de cinq :

1° Il faut une demande du prévenu, et sur ce point la loi est formelle. Mais cette demande n'est soumise à aucune formalité sacramentelle : une simple lettre

suffit quand elle est adressée au juge d'instruction ; elle est faite sous forme de requête quand c'est un tribunal ou une cour qui doit statuer (1). A l'appui de cette requête, le prévenu doit fournir des observations écrites. Aucun texte n'exige qu'elle soit sur papier timbré (2). MM. Dutruc et Morin pensent même que, lorsque la requête est adressée au juge d'instruction, il suffira, pour la rendre valable, de la consigner dans un procès-verbal d'interrogatoire (3). Tout en reconnaissant que cette solution est des plus favorables aux intérêts de l'inculpé, il est regrettable de ne pas pouvoir se ranger à cette opinion, qui ne semble pas conforme au caractère général de notre procédure écrite.

2° L'article 118 subordonne la mise en liberté provisoire à une autre formalité : « La demande en liberté provisoire sera notifiée à la partie civile, à son domicile ou à celui qu'elle aura élu ; elle pourra, dans le délai de vingt-quatre heures à partir du jour de la notification, présenter des observations écrites. » — Dans la législation ancienne, la liberté provisoire ne pouvait être accordée que sous caution, et le cautionnement garantissait par privilège, outre les frais de justice, le paiement des réparations civiles et des frais avancés par la partie civile. On voit que cette dernière avait, de ce chef, un grand intérêt à être avertie pour faire opposition, dans les délais, à la mise en liberté, si le chiffre du cautionnement ne lui

(1) Le Poittevin, *Dictionn. form. des parquets*, v° « liberté provisoire ». — Flamand, p. 148. — Massabiau, t. II, p. 341.

(2) *Contra* : Duverger, *op. cit.*, p. 474.

(3) Dutruc, n° 70. — Morin, *Journal du dr. crim.*, 1865, art. 8112, p. 307, n° 17.

paraissait pas devoir sauvegarder ses droits. De nos jours, les auteurs considèrent cette disposition comme inutile et surannée. Une critique aussi sévère paraît exagérée. Sans doute, cette formalité, empruntée à l'ancien article 116, a perdu une grande partie de son utilité depuis que la loi du 14 juillet 1865 autorise d'accorder la liberté provisoire sans cautionnement et, lorsqu'elle l'exige, ne garantit plus que les frais avancés. Quel sera donc désormais l'avantage de la partie civile à s'opposer à la mise en liberté? Cet avantage apparaît indéniable, si l'on songe que la partie civile a toujours intérêt à être avertie des incidents de la procédure où elle est en jeu, à savoir si un cautionnement est imposé, à connaître la valeur de son chiffre, afin d'intervenir lors de sa fixation pour assurer, en cas de condamnation, le remboursement des frais qui lui sont dus (art. 114). Quoi qu'il en soit, pour que la demande soit recevable, le prévenu doit joindre à sa requête l'original de l'exploit de notification.

3° Le ministère public doit être entendu en ses conclusions. La requête lui est donc communiquée. Simple représentant des intérêts de la société dans le procès qui s'engage devant le juge d'instruction au sujet de la mise en liberté provisoire du prévenu, ses conclusions ne lient pas le juge (1). Elles doivent, cependant, être remises par écrit (2).

(1) Dutruc, *op. cit.*, p. 70, n° 42. — Flamand, *op. cit.*, p. 152. — Voir les travaux préparatoires de la loi de 1865. Séance du 29 mai 1865 (*Moniteur* du 30 mai, p. 697, col. 3 et 4).

(2) V. Morin, *Journal de droit criminel*, art. 8112, n° 17. — Marion, « Etude sur la loi du 14 juillet 1865 », *Journal du ministère public*, 1865, p. 303. — Dutruc, *op. cit.*, n° 72. — Flamand, *op. cit.*, n° 167.

4° L'inculpé doit prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis. Le prévenu mis en liberté, même sous caution, aura intérêt à tenir son engagement pour éviter une arrestation immédiate.

5° Enfin, préalablement à sa mise en liberté avec ou sans caution, le demandeur doit par acte reçu au greffe élire domicile, s'il est inculpé, dans le lieu où siège le juge d'instruction, s'il est prévenu ou accusé, dans celui où siège la juridiction saisie de l'affaire (1).

130. L'article 116 du Code d'instruction criminelle indique les juridictions compétentes pour accorder la liberté provisoire. Indépendamment du juge d'instruction, cette mesure « ..... peut être demandée en tout état de cause : à la Chambre des mises en accusation, depuis l'ordonnance du juge d'instruction jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises ; au tribunal correctionnel, si l'affaire y est renvoyée ; à la Chambre des appels correctionnels, si appel a été interjeté du jugement sur le fond ».

A l'étude de ce texte, il paraît bien surprenant de voir ainsi la question renvoyée d'une juridiction à une autre, et il semblerait logique que cette question, qui se rattache à l'instruction, soit tranchée par les juridictions qui en ont la charge, c'est-à-dire par le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation. « Comment arriver à des règles fixes, à des conditions uniformes, dit M. Faustin Hélie, quand la juridiction est incertaine et dépend du jour

(1) L'accusé ne peut obtenir le bénéfice de la liberté provisoire que dans l'hypothèse prévue par l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897.

où la demande est formée ? Et c'est le plus précieux des biens des citoyens, c'est leur liberté, qui se trouve subordonnée aux hasards d'une compétence mobile ?» Mais, les prescriptions de la loi ne faisant aucun doute, examinons les diverses juridictions compétentes.

131. Avant 1856, ce droit appartenait à la Chambre du conseil. Depuis, le juge d'instruction ayant, sur ce point, succédé à ses attributions, c'est ce magistrat qui, aujourd'hui, se trouve compétent pour statuer sur une demande de mise en liberté du moment où il a commencé son information jusqu'à celui où il s'est dessaisi par une ordonnance de renvoi en police correctionnelle ou devant la Chambre des mises en accusation.

132. Si l'affaire a été renvoyée au tribunal correctionnel par le fait même de cette ordonnance, la compétence passe à cette juridiction sur l'accessoire et sur le principal. Donc, en matière de liberté provisoire comme sur l'application de la peine, le tribunal conservera cette compétence depuis l'ordonnance de renvoi ou l'arrêt de la Chambre des mises en accusation qui le saisit, jusqu'au jugement définitif.

133. Mais le jugement correctionnel peut être frappé d'appel ; dans ce cas, à quelle juridiction devra s'adresser le prévenu pour obtenir sa mise en liberté provisoire ? Aux termes de l'article 116 précité, ce sera à la Chambre des appels correctionnels « si appel a été interjeté du jugement sur le fond », car, dans l'hypothèse où il n'y aurait qu'un appel sur un incident, la compétence appartiendrait, suivant le

principe général, au tribunal correctionnel saisi du fond (1).

134. Lorsque le juge d'instruction a renvoyé l'affaire devant la Chambre des mises en accusation, c'est elle qui se trouve saisie de l'affaire et statuera sur une demande de liberté provisoire, jusqu'à l'arrêt de renvoi en Cour d'assises (2).

135. Avant la loi du 8 décembre 1897, l'arrêt de la Chambre d'accusation marquait donc le terme définitif au-delà duquel l'élargissement provisoire ne pouvait plus être accordé, ni même prolongé si l'accusé en était bénéficiaire. La nécessité d'ordonner la prise de corps, dans l'arrêt de la Chambre des mises en accusation, a été expliquée, dans l'exposé des motifs de la loi, par le préjugé qu'il ne convient pas qu'un homme accusé d'un crime soit laissé libre jusqu'au jour du jugement et par la crainte que le maintien de la liberté ne soit le signal de la fuite. On a semblé craindre encore l'effet que produisait sur l'opinion publique une liberté aussi prolongée.

Quelques graves que soient les présomptions qui accablent l'accusé qui a été l'objet d'un arrêt de renvoi devant la Cour d'assises, ne faut-il pas reconnaître, cependant, que la règle ainsi posée était trop absolue? Dans ce cas, comme dans les autres, la décision à prendre devrait être laissée à l'appréciation du juge saisi de l'affaire, c'est-à-dire, dans l'espèce, à la Chambre des mises en accusation.

(1) Orléans, 26 mars 1847. D., 47-4-320.

(2) Cass., 13 juillet 1872. S. 1872-1-445. — Cass. crim., rejet, 5 octobre et 9 novembre 1882. D., 1882-1-44. — Cass. crim., 12 avril 1884, *Bull. crim.*, n° 139. — Cass. crim., rejet, 13 août 1885, *Bull. crim.*, n° 249. — Cour d'assises de la Dordogne, 20 avril 1888. *Droit*, 24 avril 1888.

En 1865, cette idée avait inspiré un amendement destiné à suspendre l'exécution de l'ordonnance de prise de corps jusqu'au huitième jour avant l'ouverture des assises, mais il fut repoussé sur un rapport contraire de la commission du corps législatif. M. Paringault, dans son étude sur la réforme de la législation provisoire (1), en faisant remarquer que les sessions d'assises ne se tiennent en province que tous les trois mois, pendant lesquels la loi impose, du fait de l'article 126, une prison préventive à des accusés contre lesquels ne s'élève peut-être aucun soupçon de fuite, signale la pratique actuelle comme une des sources de l'abus de la correctionnalisation et de l'indulgence souvent excessive du jury ; aussi il propose de n'ordonner l'arrestation que 24 heures avant l'ouverture de la session d'assises. Quel que soit ce délai, la réforme apparaît comme nécessaire (2).

136. L'article 116, qui énumère les juridictions compétentes pour accorder la liberté provisoire, ne parle pas de la Cour d'assises ; il en résulte que cette dernière ne doit pas être compétente pour statuer sur une semblable demande, et, d'autre part, comme la Chambre des mises en accusation est dessaisie par son arrêt de renvoi, logiquement on est obligé d'admettre qu'aucune juridiction ne peut statuer sur l'élargissement provisoire de l'accusé.

(1) *Revue Pratique*, 1865, p. 394 et suivantes.

(2) Cependant, il convient de remarquer qu'en pratique, lorsqu'il estime pouvoir le faire sans danger, le parquet suspend jusqu'à la dernière limite l'exécution de l'ordonnance. Il n'en est pas moins regrettable que cette tolérance bienveillante ne soit pas consacrée par la loi et ne puisse, en certains cas, devenir un droit pour l'inculpé.

Ce n'est pas sans difficulté d'ailleurs que l'on a admis l'incompétence de la Cour d'assises. Pendant longtemps, les arrêts, entre autres un arrêt de la Cour d'assises de la Somme du 15 janvier 1872 (D., 72-2-93) accordaient le droit à cette juridiction de mettre l'accusé en liberté provisoire en l'ajournant à une autre session (1). La Cour de cassation le cassa la même année (D., 1872-1-333). Depuis, elle a toujours maintenu sa jurisprudence.

Cette dernière solution offrait les plus graves inconvénients. La question, en effet, a une grande importance, surtout en province où les sessions d'assises n'ont lieu que tous les trois mois. Un incident de procédure, l'absence d'un témoin, une imprudence même d'un juré — faits qui ne sont en rien imputables à l'accusé — pouvaient avoir pour conséquence de faire remettre l'affaire à une autre session et de prolonger trois mois de plus la détention d'un prévenu, peut-être innocent.

Cette situation, très critiquable pour la liberté individuelle, avait soulevé les réclamations de tous les auteurs (2). Aussi, après plus de trente ans d'attente, M. le sénateur Chaumié fit voter, le 28 mars 1897, une disposition additionnelle au projet de

(1) Dans le même sens, Cours d'assises de : Saône-et-Loire, 25 janvier 1867; de l'Aveyron, 1er mars 1871; de Saint-Denis de la Réunion, 8 janvier 1872; Haute-Vienne, 5 février 1872; Indre-et-Loire, 11 juin 1872; D., 72-2-93 et 94. — En sens contraire, Cour d'assises du Nord, 29 novembre 1871; D., 71-2-94.

(2) Flamand, p. 180. — Jamais, *Des droits et des garanties de l'individu dans l'instruction préparatoire*, p. 102-104. — Collin, *De la situation de l'inculpé pendant l'inst. préparat.*, p. 102. — Ortolan et Desjardins, p. 515. — Lajoye, « Une omission dans la loi du 14 juillet 1865 », *France judiciaire*, t. IV, 1, p. 74.

M. Constans : « Lorsque la Cour d'assises, saisie d'une affaire criminelle, en prononce le renvoi à une autre session, il lui appartient de statuer sur la mise en liberté provisoire de l'accusé. » (Art. 11, loi du 8 décembre 1897.) Cette disposition a comblé une lacune regrettable et réalisé une réforme trop longtemps attendue (1).

Il est certain que le législateur a voulu faire cette réforme complète, et l'on ne saurait méconnaître son désir d'étendre à l'accusé d'un crime la mesure de clémence dont bénéficiait, depuis la loi de 1865, l'inculpé d'un délit laissé en liberté jusqu'à la fin du procès pénal. Mais, dans la hâte qui a caractérisé le vote de cette loi libérale, bien des hypothèses n'ont pas été prévues qui, en pratique, offrent maintenant des difficultés de solution.

C'est ainsi que l'article 11 de la loi de 1897 n'envisage pas le cas où l'accusé, renvoyé devant la Cour d'assises, forme un pourvoi en cassation contre cet arrêt de renvoi. Ce pourvoi régulier entraînant nécessairement la suspension de la poursuite jusqu'au jour où la Cour de cassation aura statué, à qui devra-t-il s'adresser pour obtenir sa liberté provisoire? La jurisprudence admet, il est vrai, que la Chambre des mises en accusation est alors compétente pour statuer. Cette solution s'explique, car le pourvoi de l'accusé suspend l'exécution de l'arrêt de renvoi, et la Chambre des mises en accusation reste saisie (2).

(1) V. Léon Germain, « La Liberté provisoire en matière criminelle », *Lois nouvelles*, 1902-1-445.

(2) Cass., 13 juin 1872. D. P., 1872-1-157. — Dijon, 12 août 1891. D. P., 1892-2-388.

Mais il est une autre hypothèse : lorsque, avant l'ouverture des débats et alors que la Cour n'est pas encore convoquée de fait, le président des assises, sur la demande du procureur général, de l'accusé, ou même d'office, renvoie l'affaire à une autre session, conformément à l'article 306 du Code d'instruction criminelle, à qui encore, dans ce cas, l'accusé devra-t-il s' adresser pour obtenir son élargissement provisoire ?

Peut-il s'adresser à la Chambre des mises en accusation ? La Cour de cassation, par un arrêt du 15 janvier 1895 (1), ne l'a pas admis et pour cette double raison : d'une part, l'article 116 du Code d'instruction criminelle déclare expressément que la liberté provisoire ne peut être demandée à cette juridiction que jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises ; et, d'autre part, dès que cet arrêt est devenu définitif, l'accusé doit, aux termes de l'article 126, être détenu en vertu de l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de mise en accusation, sans tenir compte de la mise en liberté provisoire qui aurait pu lui être accordée antérieurement.

Or, la loi de 1897 ne porte aucune modification à ce sujet, cela a été reconnu et déclaré par la Cour d'appel de Besançon par un arrêt du 14 août 1901. Les considérants de l'arrêt indiquent que, dans ce cas, aucune juridiction n'est compétente pour prononcer l'élargissement provisoire de l'accusé.

Cette jurisprudence ne faisant que se conformer aux arrêts précédemment rendus, la question s'est

(1) *Bull. crim.*, n° 17. D. P., tables 1898, col. 3, p. 95.

successivement posée devant la Cour d'assises des Hautes-Alpes, de la Haute-Saône et la Cour de cassation (1). Il n'est pas inutile, cependant, de rappeler les considérants si précis de la Cour suprême. « Attendu, dit l'arrêt du 3 février 1900, que si, aux termes de l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897, il appartient à la Cour d'assises de statuer sur la mise en liberté provisoire d'un accusé, c'est à la double condition qu'elle soit saisie de l'affaire concernant cet accusé et qu'elle en ait prononcé le renvoi à une autre session ; — Attendu qu'aucune de ces deux conditions ne se rencontre dans l'espèce ; qu'en effet, à la date à laquelle Borel a formé sa demande de mise en liberté provisoire, non seulement la Cour d'assises n'était pas saisie de l'affaire, mais ne pouvait même pas en être légalement saisie, puisque l'arrêt de la Chambre des mises en accusation n'était pas définitif à l'égard de l'un des trois accusés, et qu'en ce qui concerne les deux autres, le président des assises avait, par un acte juridictionnel qui n'était susceptible d'aucun recours, renvoyé l'affaire à une autre session ; que reconnaître, dans ces circonstances de fait, compétence à la Cour d'assises pour statuer sur une demande de mise en liberté provisoire, serait ajouter au texte de la loi ; qu'il suit de là qu'en déclarant non recevable la demande de Borel, l'arrêt attaqué a sainement interprété et exactement appliqué l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897. »

(1) Cour d'assises des Hautes-Alpes, 13 décembre 1899. S., 1900-2-85. — Haute-Saône, 7 août 1901. — Cass., 3 février 1900. D. P., 1900-1-113. V. la note de M. de Lanzac de Laborie et la note de M. Aubin. S., 1900-1-33.

Donc, la Cour de cassation déclare, d'après cet arrêt, qu'aux termes de l'article 11 de la loi de 1897, la Cour d'assises ne peut statuer sur une demande de liberté provisoire qu'à la double condition « qu'elle soit saisie de l'affaire concernant cet accusé et qu'elle en ait prononcé le renvoi à une autre session ».

Il paraît difficile de soutenir, dans l'espèce, que la première de ces conditions ne s'applique pas aux deux accusés qui ne se sont pas pourvus en cassation ; car, pour eux, l'arrêt de renvoi de la Chambre des mises en accusation était devenu définitif, et, par conséquent, la compétence de la Cour d'assises était fixée à leur égard d'une manière irrévocable. On ne voit pas, en effet, l'influence que pourrait exercer sur leur propre situation, le pourvoi formé par leur co-accusé.

Le dessaisissement ne pouvait pas non plus résulter de l'ordonnance de renvoi à une autre session rendue par le président des assises avant l'ouverture de ce débat. Comme le prétend M. de Lanzac de Laborie (1) : « N'est-il pas plus exact de dire qu'une Cour d'assises saisie par un arrêt de renvoi devenu définitif, est et reste saisie tant qu'elle n'est pas dessaisie elle-même, ou n'a pas été dessaisie au profit d'une autre Cour d'assises ou d'une autre juridiction ? La Cour d'assises d'un département est toujours la même juridiction quels que soient le nombre de ses sessions, les intervalles qui les séparent et les variations du personnel appelé à y siéger.(2)

(1) D., 1900-1-113, note 1.

(2) V. Crim. Cass., 20 février 1879. D. P., 79-1-484 et note 1.— F. Hélie, VIII, nº 3823, p. 277. — V. Cass., 15 février 1877. *Bull. Crim.*, nº 50.

Or, la Chambre des mises en accusation ne renvoie pas devant telle session déterminée d'une Cour d'assises, mais devant une Cour d'assises déterminée, et les renvois ultérieurs « à une autre session » ne modifient point les conséquences de saisine, qui résulte pour cette Cour d'assises de l'arrêt de la Chambre des mises en accusation... »

L'arrêt du 3 février 1900, interprétant l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897, a, dans sa seconde condition, subordonné le droit de statuer pour une Cour d'assises sur la mise en liberté provisoire, au cas où le renvoi à une autre session émane directement de sa juridiction. A l'encontre de l'opinion jurisprudentielle, M. de Lanzac de Laborie est partisan d'interpréter ce texte de la façon la plus large, pensant que le législateur à eu en vue le cas général où le renvoi de l'affaire est prononcé à une autre session. M. Jules Aubin partage cette opinion : « ... N'est-ce pas le cas ou jamais d'appliquer la maxime : *Lex statuit de eo quod plerumque fit ?* Pourquoi vouloir interpréter restrictivement le texte de l'article 11, puisqu'il est certain qu'une interprétation large serait conforme à la volonté du législateur ?

Ces idées, éminemment favorables à la liberté individuelle, méritent d'être soutenues. Il est inadmissible, en effet, que le législateur de 1897 ait voulu faire une réforme incomplète en améliorant seulement la situation de l'accusé dans un cas tout spécial. Les travaux préparatoires indiquent le contraire, et les termes mêmes de l'article 11 n'emploient aucune forme restrictive, ce que le législateur n'eût pas manqué de faire si telle avait été son intention. Il

faut donc supposer simplement que l'interprétation restreinte adoptée par l'arrêt du 3 février 1900, manifeste uniquement, de la part de la Cour de cassation, la crainte de se trouver en contradiction avec la jurisprudence qu'elle a donnée aux autres prescriptions de la loi Constans.

Pour identité de motifs, l'on devra admettre une solution identique à celle de l'hypothèse précédente, lorsqu'une Cour d'assises a ordonné le renvoi de l'affaire à une autre session et qu'on a oublié de demander à cette juridiction elle-même la mise en liberté provisoire de l'accusé.

Il est à désirer que la situation désastreuse faite par la jurisprudence à la liberté individuelle soit au plus vite réformée, parce qu'il est inadmissible qu'un prévenu reste détenu faute de juge, et, en présence d'une semblable interprétation, la nécessité s'impose d'une façon urgente de compléter l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897 (1).

(1) M. Aubin, dans une note parue sous l'arrêt du 3 février 1900 (S., 1900-1-33), indique un palliatif pour remédier momentanément à cet état de choses. « En attendant, dit cet auteur, un moyen pratique s'offre peut-être au président des assises pour tourner la difficulté. Lorsqu'il se trouve en présence d'une demande de mise en liberté, qu'il s'abstienne de prononcer l'ajournement de l'affaire à une autre session; si l'ordonnance est rendue, qu'il la rapporte. Donc — en vue de permettre à la Cour d'assises de prononcer elle-même le renvoi et de statuer sur les conclusions de l'accusé touchant sa mise en liberté provisoire, — que le président inscrive l'affaire au rôle, et cela alors même, semble-t-il, qu'un obstacle légal s'opposerait à la mise en jugement. L'article 301 Code d'instr. crim. dit, en effet, que *nonobstant la demande en nullité, l'instruction sera continuée jusqu'aux débats exclusivement.* La mise au rôle est donc possible et tous les actes préliminaires peuvent s'accomplir. La Cour de cassation l'a déjà décidé par son arrêt du 27 janvier 1857 (affaire de l'assassinat de Monseigneur l'Archevêque de Paris). »

Malheureusement, ce stratagème peut être employé au pis aller

137. La Cour de cassation n'est jamais compétente pour statuer sur le fond des affaires qui lui sont soumises. Si donc l'élargissement provisoire est demandé tandis que l'affaire est pendante devant la Cour suprême, quelle sera la juridiction compétente pour statuer? La loi, article 116 § 2, admet, dans ce cas, une exception au principe que la demande de mise en liberté ne peut être adressée qu'à la juridiction saisie de l'affaire au moment où elle est formée. « Lorsque le condamné, dit-elle, pour rendre son pourvoi admissible conformément à l'article 421 (1), voudra réclamer sa mise en liberté, il portera sa demande devant la Cour ou devant le tribunal qui aura prononcé la peine. » Cette solution était imposée par la règle qui permet la liberté provisoire en tout état de cause et par le principe qui défend à la Cour suprême d'être juge du fait.

138. Il peut se faire qu'au moment où le prévenu forme sa demande, aucune juridiction ne soit saisie. Certains auteurs (2), étendant la prescription de l'article 116 § 2, pensent que la compétence doit appartenir, dans ce cas, à la juridiction qui en der-

comme un remède exceptionnel, mais ne saurait juridiquement constituer un *modus vivendi*. Aussi, le 16 janvier 1902, M. le Garde des Sceaux a déposé un projet de loi à la Chambre des députés, où la question qui nous occupe se trouve envisagée. Ce projet, renvoyé à la commission de réforme judiciaire, n'a pu venir en discussion avant la fin de la législature et la question reste entière.

(1) Article 421 § 1 Code inst. crim. : « Seront déclarés déchus de leur pourvoi en cassation, les condamnés à une peine emportant privation de la liberté pour une durée de plus de 6 mois, qui ne seront pas en état ou qui n'auront pas été mis en liberté provisoire avec ou sans caution. »

(2) Flamand, *op. cit.*, p. 198.

nier lieu a statué sur l'affaire. D'autres (1) décident, au contraire, avec plus de raison, que la demande en liberté provisoire doit être adressée à la Chambre d'accusation. « Ce qui motive, en effet, dit M. Laborde, la compétence attribuée par l'article 116 § 2 à la juridiction dont la sentence est frappée d'un pourvoi, ce n'est pas cette circonstance qu'elle a statué en dernier lieu, mais cette considération que la Cour de cassation étant saisie seulement d'une partie du procès pénal, l'autre partie est réputée être encore pendante devant la juridiction dont la sentence est attaquée. Dans l'hypothèse où aucune juridiction n'est saisie d'une partie quelconque du procès pénal, il faut résoudre la question de compétence à l'aide des principes. Or, la Cour d'appel (Chambre d'accusation) est présentée, par l'article 9 Code d'instruction criminelle et par l'article 11 de la loi organique du 20 avril 1810, comme investie de la plénitude de juridiction pour toutes les mesures qui touchent à l'instruction des crimes et des délits ; et, comme la détention préventive et sa suspension sont, quelle que soit la phase du procès pénal, toujours relatives à l'instruction, c'est à cette Chambre qu'on doit s'adresser à défaut de juridiction spécialement indiquée pour statuer sur une demande en liberté provisoire. »

139. Enfin, par application du principe général de la compétence, on décide que même un tribunal

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 601, note 3. — *Sic* : Villey, p. 320. — Garraud, 528. — Cass., 27 février 1874. D., 74-1-178. — 4 décembre 1755. *Bull. Crim.*, 347. — 28 mai 1886. *Gaz. trib.* du 10 juin. — Voir aussi les projets du Sénat et de la commission de la Chambre, art. 126.

d'exception, par exemple un conseil de guerre, a le droit de statuer sur la liberté provisoire, lorsqu'il est saisi du fond du procès (1).

140. La décision qui accorde ou refuse la mise en liberté provisoire est prise par le juge d'instruction ou par la juridiction compétente statuant en Chambre du conseil, le ministère public entendu. La décision doit être motivée (2).

141. Ces décisions concernant la mise en liberté provisoire sont susceptibles d'opposition ou d'appel. La jurisprudence l'admettait avant la loi du 14 juillet 1865 et ses arrêts ont été confirmés par le nouvel article 119 (3) : « L'opposition ou l'appel devra être formé dans un délai de 24 heures qui courra contre le procureur de la République à compter du jour de l'ordonnance ou du jugement et contre l'inculpé ou la partie civile à compter du jour de la notification.— L'opposition ou appel sera consigné sur un registre tenu au greffe à cet effet. — Le procureur général aura le droit d'opposition dans les formes et les délais prescrits par les trois derniers paragraphes de l'article 135. » (4)

Cet article, par sa netteté, peut se passer de commentaires.

Cependant, l'article 119 ne parle pas du pourvoi en cassation ; mais il est évident que cette voie de recours, qui est la sauvegarde d'une bonne justice,

(1) Cass., 1er décembre 1871. *Bull. crim.*, n° 168.

(2) Crim. Cass., 13 mai 1852. D. P. 1852-5-371.

(3) Crim., rejet, 20 mai 1838. S., 38-1-517. — V., en outre, un arrêt du 10 avril 1862.

(4) Le délai de l'article 135 est un délai de 10 jours.

peut et doit être exercée en matière de liberté provisoire. Toutes les opinions semblent d'accord sur ce point (1).

Quelques auteurs déclarent que le délai du pourvoi doit être le délai normal du pourvoi en cassation (c'est-à-dire le délai de trois jours indiqué par l'art. 373 du Code d'instr. crim.). D'autres, au contraire, s'inspirant de l'esprit de la loi, soutiennent « qu'il faut étendre le délai de 24 heures à toutes les voies de recours. L'exposé des motifs de la loi de 1865 le dit expressément et le rapport l'implique. Si le texte vise uniquement l'opposition et l'appel et les parties en cause, c'est qu'il statue sur le *quod plerumque fit.* » (2)

L'élargissement provisoire, comme son nom l'indique, a des effets essentiellement temporaires et peut se terminer de plusieurs façons différentes. Les causes normales qui mettront fin nécessairement à la liberté provisoire seront le jugement ou arrêt définitif. De deux choses l'une, en effet ; ou le prévenu est acquitté, et alors la liberté provisoire devient définitive; ou il est condamné, et elle cesse pour faire place à la détention pénale, dans des conditions que nous expliquerons ci-après.

(1) Dutruc, *op. cit.*, n° 79. — Faustin Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 2004. — Sarraute, *Manuel du juge d'instruction*, n° 663. — Morin, *op. cit.*, art. 8112, n° 19.

(2) Laborde, *op. cit.*, p. 603, n° 899. — V. Exposé des motifs, n° 17. Rapport n° 28 (D., 65-4-148 et 156). — *Sic* : Garraud, p. 608. — Dutruc, n° 79. — *Contra* : Faustin Hélie, n° 2004. — Marion, p. 304. — Ortolan et Bonnier, t. II, n° 2355. Edit. 1876. — Flamand, n° 207.

II. — Le Cautionnement

142. Le cautionnement est une mesure de prévention qui consiste à faire verser par le prévenu, ou par un tiers pour le prévenu, une somme destinée à garantir la présence de ce dernier pendant la durée de l'instruction, assurer l'exécution du jugement et suppléer par cela même à l'emprisonnement préventif, lorsque le juge en reconnaît la possibilité.

143. Le Code de 1808, dans l'ancien article 119, subordonnait la mise en liberté provisoire au versement d'un cautionnement dont il avait fixé le minimum à 500 francs et qui pouvait s'élever, dans certains cas, jusqu'au double de cette somme ou même au triple du dommage. Donc, bridée par la loi, la juridiction saisie ne pouvait pas même s'inspirer des circonstances particulières de la cause pour abaisser le taux du cautionnement, ni de la situation pécuniaire de l'inculpé, réservant de cette façon l'élargissement provisoire aux privilégiés de la fortune. Aussi, ne faut-il pas s'étonner d'entendre un illustre contemporain de cette époque s'écrier : « Le juge d'instruction et le procureur du roi, investis d'assez d'autorité pour faire arrêter un citoyen sans rendre compte à personne de la rigueur de leurs mesures, n'ont pas la puissance de lui accorder son élargissement provisoire. Toujours armés contre la liberté, ils ne le sont jamais pour elle. » (1) De toutes parts s'élevaient des voix autorisées pour protester contre une mesure aussi draconienne.

(1) Béranger, *La justice criminelle en France*, t. II, chap. Ier, § 11.

La réforme se fit longtemps attendre et ne s'opéra pas d'un seul coup. Les idées libérales de 1848 poussèrent le gouvernement provisoire à rendre le décret du 23 mars 1848 qui abrogeait le paragraphe premier de l'article 119 et, rétablissant ainsi, en droit, l'égalité des prévenus devant la loi, supprimait le minimum du cautionnement. La loi du 28 juillet 1848 (art. 18), sur les clubs, accordait, dans l'espèce qu'elle vise, la liberté provisoire avec ou sans caution. De plus, la loi du 20 mai 1863, article 5, autorisait le tribunal, en renvoyant l'affaire à une des plus prochaines audiences, à mettre l'inculpé en liberté provisoire, avec ou sans caution. Mais ce fut, sur ce point comme sur bien d'autres, une innovation heureuse de la loi du 14 juillet 1865 de généraliser ces dispositions et de rendre, dans tous les cas, le cautionnement toujours facultatif, sans minimum ni maximum imposé.

144. Comme les anciens articles 117 et 118, l'article 120 actuel distingue deux sortes de cautionnements : le cautionnement réel (1), qui consiste dans le dépôt préalable d'une somme d'argent par l'inculpé ou par un tiers, et le cautionnement personnel, qui résulte de l'engagement d'un tiers de faire représenter l'inculpé ou, à défaut, de payer la somme fixée. C'est en ce qui concerne cette seconde espèce de cautionnement que la loi de 1865 a supprimé les exigences qui rendaient cette mesure peu accessible, et a réformé la nécessité des inscriptions hypothé-

(1) Cette dénomination est inexacte. Le contrat qui est formé dans cette hypothèse est un contrat de gage ou même d'antichrèse.

caires qui, le plus souvent, mettait le prévenu dans l'impossibilité de se procurer une caution.

Désormais, la loi nouvelle admet que l'engagement pris par un tiers solvable n'est plus qu'une simple garantie personnelle assurant la représentation de l'inculpé, et n'exige plus de sûretés immobilières. La solvabilité de la caution offerte est librement appréciée par le juge, qui est maître absolu de la refuser ou de l'accepter ; dans ce dernier cas, il ne reste plus à la caution qu'à faire sa soumission au greffe, où acte est dressé, et, sur le vu de cet acte, le procureur de la République fera mettre le prévenu en liberté.

« En s'abstenant de reproduire les dispositions du Code relatives au cautionnement, disait l'exposé des motifs de la loi de 1865, le projet de loi n'entend pas exclure cette preuve de solvabilité ; il la laisse dans le droit commun. » La plupart des auteurs sont en ce sens (1) ; seulement, les lenteurs de ce mode de garantie et le développement de la fortune mobilière ont depuis longtemps fait abandonner sa pratique.

145. La loi de 1865, en modifiant la nature du cautionnement, a aussi modifié son objet. Sous l'empire du Code, il garantissait : 1° le paiement des réparations civiles et des frais avancés par la partie civile ; 2° les amendes ; 3° la représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. Le Code ne s'était pas placé au point de vue exact, car si l'on comprend, en effet, que le cautionnement n'est qu'une sorte de main-

(1) aborde, *op. cit.*, p. 603, n° 900. — Dutruc, p. 105, n° 83.

mise sur la fortune, comme la détention est la main-mise sur la personne *dans un intérêt public*, on ne conçoit plus, d'autre part, la mesure excessive consistant à prendre une précaution de ce genre *dans un intérêt privé*. L'on a donc supprimé, en 1865, la garantie, par le cautionnement, des dommages-intérêts attribués à la partie civile.

Dès lors, le cautionnement est divisé par l'ordonnance de mise en liberté en deux parties : la première est acquise à l'Etat en cas de non-représentation de l'inculpé ; la seconde est affectée au paiement des sommes indiquées dans l'article 114 § 2 du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire : 1° aux frais faits par la partie publique ; 2° aux frais avancés par la partie civile ; 3° aux amendes.

Si l'autorité chargée de statuer sur la mise en liberté provisoire a omis de déterminer les deux parties du cautionnement, la jurisprudence a adopté la solution la plus favorable au prévenu en lui permettant de toucher, en cas de condamnation, la partie qui restera disponible, une fois les frais payés (1). La procédure à suivre pour arriver à la restitution de cette partie libre ou sa répartition entre les ayants droit, est fixée par l'article 124 du Code d'instruction criminelle.

III. — Fin de la liberté provisoire facultative

146. Sous l'empire du Code de 1808, le prévenu acquitté devait être maintenu en prison pendant le

(1) Tribunal correctionnel de Saint-Brieuc, 8 janvier 1889. *Gazette du Palais*, 1889, II, suppl., p. 17.

délai de dix jours, accordé au ministère public pour faire appel, et si cet appel était notifié dans les délais voulus, l'inculpé, malgré son acquittement, restait détenu jusqu'au jour où une nouvelle sentence venait confirmer la décision des premiers juges ; c'était rigoureusement logique. La loi du 28 avril 1832 vint porter un adoucissement à cette règle inique pour la liberté individuelle. Sans réduire le délai d'appel, elle restreignit à trois jours la détention préventive qui suivait le jugement de relaxe si dans cet intervalle il n'y avait pas eu appel interjeté. La loi du 14 juillet 1865, plus libérale encore, déclara qu'en cas d'acquittement le prévenu devait être nonobstant appel, immédiatement relâché (art. 206 Code d'instr. crim.) ; l'exécution provisoire était désormais attachée au jugement de relaxe. Il est du devoir du procureur de la République de donner les ordres nécessaires pour que l'écrou soit levé. Il est incontestable, comme l'a dit la commission, que « si un soupçon grave a suffi pour motiver la détention préventive, un jugement d'acquittement doit y mettre un terme. Il n'y a plus la présomption, il y a preuve d'innocence. Sans doute, l'appel la remet en question, mais il n'efface pas complètement l'autorité d'une décision favorable. Comment n'attacherait-on pas à un jugement rendu après une double épreuve, celle de l'instruction secrète et du débat public, les mêmes effets qu'à une ordonnance de non-lieu émanée du seul juge d'instruction et qui rend le prévenu à la liberté ? Quelle raison y a-t-il, d'ailleurs, d'écarter de la loi générale un principe admis par la loi des flagrants délits (art. 6), là où la rapidité de l'instruction

et du jugement offrait à la société de moindres garanties ? » (1)

La réforme de l'article 206 par la loi de 1865 a été introduite par voie d'amendement. « Le législateur, dit M. Laborde, n'a formulé en texte de loi qu'une application de sa pensée, comme cela arrive souvent dans ce cas ; mais les travaux préparatoires démontrent qu'il n'a voulu obliger à garder en prison, pendant le délai d'appel, que le prévenu *condamné à l'emprisonnement correctionnel.* » (2) .....

..... Donc, « cette disposition qui prescrit l'exécution provisoire du jugement de relaxe a été étendue, par la pratique, à tout jugement ou arrêt correctionnel plus favorable à la liberté du prévenu qu'à la prétention du ministère public » (3). Aussi, il faut interpréter d'une façon extensive l'article 206, en mettant en liberté le prévenu condamné à une simple amende pour un délit passible de prison, le prévenu condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis (loi du 26 mars 1891), et même le prévenu qui se trouve avoir subi sa peine par avance, grâce à l'effet de l'imputation de la prison préventive. On élargira encore le prévenu condamné à une courte peine d'emprisonnement expirée avant que l'appel ait été interjeté par le ministère public ou qu'il ait été statué sur cette voie de recours (4).

147. Le prévenu élargi provisoirement peut être arrêté sur la délivrance d'un nouveau mandat de

(1) D., 65-4-153-154.

(2) Laborde, *op. cit.*, p. 719, note 3.

(3) Laborde, *Revue critique*, 1896, p. 69.

(4) C'est la pratique du parquet de Montpellier.— *Sic* : Rapport Graux sur la loi du 15 novembre 1892. — *Contra* : Cass., 20 juin 1895. D., 95-1-325.

dépôt ou d'arrêt décerné contre lui dans les deux cas suivants :

1° Aux termes de l'article 125, « si, après avoir obtenu sa liberté provisoire, l'inculpé cité ou ajourné ne comparaît pas, le juge d'instruction, le tribunal ou la Cour, selon les cas, pourront décerner contre lui un mandat d'arrêt ou de dépôt ou une ordonnance de prise de corps ». La non-comparution de l'inculpé à une convocation régulièrement faite indique qu'il ne tient pas ses engagements et le place en état de suspicion légitime. On a tout lieu de craindre qu'il ne cherche à se dérober par la fuite au châtiment qui le menace et le rend, en tous cas, indigne de la faveur qu'on lui avait accordée. Ces raisons, il est vrai, autorisent à le traiter avec une certaine rigueur en délivrant immédiatement contre lui un nouveau mandat de dépôt ou d'arrêt. Toutefois, cette nouvelle mesure n'oblige pas le juge à lui refuser à tout jamais une nouvelle liberté provisoire (1). Il faut avouer qu'en fait l'hypothèse se présentera rarement.

2° L'article 115 donne le pouvoir de mettre fin à l'élargissement temporaire lorsque des charges nouvelles ou des indices plus graves viennent à être découverts contre le prévenu, ou même lorsque d'autres circonstances semblent commander de prendre une telle mesure : par exemple, si l'inculpé cherche à fuir ou à nuire par ses agissements à la marche de l'instruction (2). La loi, en cette matière, accorde

(1) V. Circulaire du 14 octobre 1865.

(2) Voir les motifs de la loi de 1865 (D., 65-4-148) et la circulaire du 14 octobre 1865 (D., 66-3-13, n° 34).

au juge le pouvoir le plus étendu, pour ne pas dire le plus arbitraire. Du moment, en effet, qu'on permet à ce magistrat d'apprécier dans quelles circonstances il peut élargir le prévenu, on doit lui permettre, par juste réciprocité, de reprendre contre lui la détention préventive quand il le juge convenable.

Pour faire emprisonner de nouveau l'inculpé, le juge, dit l'article 115, peut « décerner un nouveau mandat d'amener, d'arrêt ou de dépôt ». La loi a-t-elle voulu indiquer par là que le juge d'instruction ne pourrait délivrer d'abord qu'un mandat d'amener, sauf à le convertir ensuite en un mandat de dépôt ou d'arrêt ? L'article 125, qui prévoit le cas de défaut de l'inculpé, ne fait aucune mention du mandat d'amener et ne parle que des mandats d'arrêt ou de dépôt. Cela paraît logique. Le défaut de l'inculpé provient, le plus souvent, de sa fuite, et, dans ce cas, les mandats d'arrestation sont possibles immédiatement (art. 94 du Code d'instr. crim.). De l'opposition de ces deux articles on peut déduire que le juge devra toujours débuter par un mandat d'amener, et on ne trouve pas de raisons suffisantes pour retirer au prévenu un bénéfice qui constitue à son égard une sérieuse garantie. D'autant plus qu'une procédure pénale commence normalement par le mandat d'amener, et que c'est après avoir entendu ses explications sur les charges nouvelles que le juge, si elles ne lui paraissent pas péremptoires, décernera contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt.

148. Pour savoir quelle est la juridiction compétente pour décerner de nouveaux mandats, M. La-

borde, appliquant strictement les articles 125 et 115 § 2, fait la distinction suivante : « Encourt la déchéance, l'inculpé ou le prévenu qui manque à l'engagement de se représenter. Dans ce cas, c'est la juridiction actuellement saisie du procès pénal qui décernera l'ordre d'arrestation (art. 125). S'il s'agit, au contraire, d'enlever à un inculpé le bénéfice de la liberté provisoire par raison d'opportunité, c'est à la juridiction qui a accordé la liberté de revenir sur sa décision, alors même qu'elle ne serait pas actuellement saisie. » (1)

Il est un autre cas où la juridiction normalement saisie se voit restreindre le pouvoir de délivrer de nouveaux mandats : c'est celui où la liberté provisoire a été accordée par la Chambre des mises en accusation réformant l'ordonnance du juge d'instruction. Ce magistrat ne pourra alors décerner un nouveau mandat qu'autant que la Cour, sur les réquisitions du ministère public, aura retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision (art. 115 § 2). Il est inadmissible, en effet, que le juge de première instance puisse retirer au prévenu une faveur que le juge d'appel lui a accordée en réformant sa décision.

149. Comment, après la clôture de l'instruction préparatoire, pourra-t-on mettre en détention préventive un prévenu ou un accusé qui, jusqu'à ce moment, a été laissé en liberté. Pour l'accusé, la question est réglée par l'article 126 du Code d'instruction criminelle. Lorsqu'il sera renvoyé devant la Cour d'assises, on le placera en état d'arrestation

(1) Laborde, *op. cit.*, p. 604, n° 902.

en vertu de l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de la Chambre des mises en accusation, nonobstant sa mise en liberté provisoire. Mais faut-il appliquer cette solution à l'accusé qui, d'après l'article 11 de la loi du 8 décembre 1897, aura obtenu de la Cour d'assises la liberté provisoire pour l'intervalle des deux sessions ? Il semble bien que, dans cette hypothèse encore, la solution reste la même, car la loi de 1897 n'a en rien modifié l'article 126, et son application doit être intégrale.

Le procureur de la République peut-il faire exécuter contre le prévenu un mandat d'arrêt ou de dépôt précédemment rendu mais non exécuté, une fois que le tribunal correctionnel aura rendu un jugement de condamnation contre ce dernier comparaissant libre devant ses juges ? Pour des raisons d'utilité pratique, nous admettrons l'affirmative. C'est, en effet, un moyen de concilier le respect de la liberté individuelle avec les garanties de la répression. Entre autres, l'espèce s'est présentée dans des poursuites intentées à un banquier. Le juge d'instruction avait décerné un mandat de dépôt, mais le procureur de la République, d'accord avec ce magistrat, ne l'avait pas fait exécuter ; on le tenait en réserve pour le cas où une circonstance rendrait son exécution nécessaire. Le prévenu comparaît libre devant le tribunal correctionnel ; il est condamné. Le procureur de la République, immédiatement, fait exécuter le mandat de dépôt et fait arrêter le prévenu dans la salle d'audience, la condamnation prononcée. Ce fonctionnaire ne sortait pas de son droit. Chargé de l'exécution des ordonnances (art. 72 et

132 du Code d'instr. crim.), on ne peut l'empêcher d'accomplir sa mission, même tardivement. La détention préventive est, en outre, une mesure qui se rattache toujours à l'instruction préparatoire ; aussi, l'on admet que le prévenu condamné — et qui ne s'est pas encore décidé à faire appel — peut obtenir sa liberté provisoire en la demandant à la Chambre d'accusation. On voit par là qu'une décision d'une juridiction d'instruction touchant à la liberté provisoire peut intervenir et s'exécuter après un jugement de condamnation. Pourquoi donc l'ordonnance du juge d'instruction relative à la détention préventive, et qui s'appelle mandat de dépôt ou d'arrêt, ne pourrait-elle pas s'exécuter, lorsqu'elle est valablement intervenue avant la saisine du tribunal correctionnel, une fois que cette juridiction a été saisie ou a statué. Détention préventive et liberté provisoire sont, en effet, corrélatives et inséparables l'une d'avec l'autre, si l'on considère, du moins, la compétence des juridictions d'instruction qui peuvent statuer.

Maintenant, si le juge d'instruction a levé le mandat de dépôt ou d'arrêt, soit d'office, soit sur demande de mise en liberté ; s'il a renvoyé le prévenu devant le tribunal correctionnel, pourra-t-on encore remettre ce dernier en détention préventive ? Dans ce cas, au contraire, la négative s'impose. On se trouve, juridiquement, dans la même situation que s'il n'y avait pas eu de mandat de dépôt décerné, et cependant, la gravité du cas, qui ressort mieux des circonstances de la cause après l'instruction à l'audience, ou encore, la gravité de la condamnation

prononcée peuvent faire craindre que l'inculpé ne passe à l'étranger et n'échappe ainsi à l'exécution de la peine, avant que sa condamnation ne soit devenue définitive. N'y aurait-il pas lieu de réformer notre législation et de permettre, dans cette hypothèse, par extension de l'article 193 du Code d'instruction criminelle, d'autoriser le tribunal à retirer la liberté provisoire accordée par le juge d'instruction ?

Ne faudrait-il pas même aller plus loin et dire d'une manière générale que le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire de tous jugements de condamnation portant peine d'emprisonnement, et placer ainsi les inculpés en état de détention préventive pour la suite du procès pénal, tout en accordant aux prévenus le droit de demander leur liberté provisoire, lorsqu'elle n'a pas été accordée par le juge d'instruction ? Cet aperçu serait conforme au nouveau principe introduit par la loi du 20 mars 1863 sur les flagrants délits correctionnels, à savoir : qu'à partir du moment où il est saisi, le tribunal correctionnel devient arbitre absolu de la détention préventive.

CHAPITRE III

EXTINCTION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

150. Après avoir indiqué les événements qui suspendent la détention préventive, telles : la mainlevée des mandats de dépôt ou d'arrêt et la mise en liberté provisoire, il reste à envisager d'autres événements à effets plus complets qui, en éteignant l'action publique, viennent nécessairement mettre fin à l'incarcération.

Ces faits juridiques qui modifient la situation du prévenu se présentent, soit d'une façon accidentelle, exceptionnelle, soit au contraire comme la solution normale de toute instruction judiciaire. Parmi les premiers, il faut citer l'amnistie, cette mesure de clémence et d'oubli par laquelle le parlement, représentant l'Etat, efface une infraction dans un but humanitaire ou politique.

151. Le propre de l'amnistie est de constituer une mesure d'ordre général s'appliquant, comme la loi elle-même, à une collectivité d'individus, sauf les exceptions qui peuvent y être apportées par des dispositions formelles (1). Seulement, si l'amnistie

(1) Crim. Cass., 26 août 1853, affaire Gosselin. D. P., 53-5-16.

s'applique à toute une catégorie d'individus inculpés ou condamnés à l'occasion d'un crime ou d'un délit, il faut se garder de la confondre avec la grâce collective qui, à l'encontre, évoque une idée de pardon (1). La confusion était facile sous certains gouvernements, comme le second empire, où les droits d'amnistie et de grâce appartenaient ensemble au chef de l'État. Depuis, la Constitution du 25 février 1875, réservant cette prérogative à la loi, les difficultés ne peuvent guère se présenter.

« L'amnistie, dit la Cour de cassation, a pour effet de couvrir du voile de l'oubli et d'effacer le souvenir et l'effet des condamnations et des poursuites encourues ». (2) C'est pourquoi elle anéantit le délit lui-même et replace les choses en l'état où elles seraient si le délit n'avait pas été commis. De telle sorte que, si une personne est en état de détention préventive à raison d'un fait pour lequel l'amnistie a été accordée, elle devra immédiatement être remise en liberté et ne pourra être arrêtée ou poursuivie de nouveau pour la même inculpation.

Dans notre législation actuelle, la détention préventive prend fin plus normalement avec l'instruction elle-même, soit lorsqu'un inculpé aura bénéficié d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu, soit lorsqu'un jugement aura statué sur son sort.

152. « Si le juge d'instruction, dit l'article 126 du Code d'instruction criminelle, est d'avis que le fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention, ou qu'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, il

(1) Bertauld, *Cours de Code pén. et leçons de législation crim.*, p. 523.
(2) Crim. Cass., rejet, 19 juillet 1853, affaire Charasson. D J. G., n°

déclarera par une ordonnance qu'il n'y a point lieu à poursuivre, et, si l'inculpé avait été arrêté, il sera mis en liberté. » (1)

Le ministère public est chargé de son exécution, parce qu'il a la mission générale de faire exécuter les ordonnances du juge d'instruction.

Toutefois, cette ordonnance du juge d'instruction n'est pas souveraine, et le procureur de la République pendant un délai de 24 heures, le procureur général pendant un délai de 10 jours, partant de la date de l'ordonnance, ont le droit d'y faire opposition devant la Chambre des mises en accusation. Or, c'est non seulement le pourvoi qui suspend l'élargissement du prévenu, mais même le délai de 24 heures pendant lequel il est susceptible d'être interjeté. En conséquence, le prévenu bénéficiaire d'une ordonnance de non-lieu gardera prison jusqu'au lendemain ; passé ce délai, le détenu sera remis en liberté, s'il n'est retenu pour une autre cause (2).

S'il y a une partie civile, il est nécessaire de lui signifier l'ordonnance au domicile qu'elle a dû élire au siège du tribunal, ou, à défaut de cette élection, à son domicile réel. Cette signification doit même être faite au plus vite, car le délai de 24 heures ne court contre elle qu'à partir de sa date (3).

153. Une fois l'instruction terminée, la détention

(1) Avant la loi du 17 juillet 1856, supprimant la Chambre du conseil, ce droit appartenait, non au juge d'instruction, mais à cette Chambre.

(2) Laborde, p. 622, n° 946. — V. Cass., 11 février 1881. D., 1882-1-321. — Dans la pratique le plus souvent, le procureur de la République n'use point du droit que lui confère l'article 135, et, sauf difficultés avec le juge d'instruction, il fait mettre l'inculpé en liberté dès que l'ordonnance a été rendue.

(3) Laborde, p. 623, n° 949. — Faustin Hélie, n° 2089.

préventive prendra fin le plus souvent par un jugement définitif. Alors, une double hypothèse se présente. Ou l'inculpé est acquitté, ou il est condamné. Nous avons vu qu'aux termes de l'article 206 du Code d'instruction criminelle, « en cas d'acquittement, le prévenu est immédiatement et nonobstant appel mis en liberté ». Et bien que l'article ne paraisse pas prévoir directement le cas où, condamné en première instance, le prévenu est relaxé en appel, il faut admettre qu'il y a lieu de l'élargir aussitôt l'arrêt de relaxe, malgré le pourvoi en cassation du ministère public ou de la partie civile.

En cas de condamnation, si le jugement ne prononce qu'une simple amende, il faudra appliquer la règle précédente. De même que tous les jugements, les jugements d'acquittement doivent être motivés. On peut citer à ce sujet deux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui ont cassé, pour défaut de motifs, l'un un arrêt de la Cour d'appel qui avait renvoyé le prévenu des poursuites en se bornant à déclarer que « les faits de la prévention n'étaient pas suffisamment justifiés » (1) ; l'autre un arrêt renvoyant le prévenu de la poursuite par l'unique motif que « la prévention n'était pas suffisamment établie contre lui » (2).

Le jugement de condamnation applique la peine, condamne aux dépens et prononce sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile (art. 194 et 195 du Code d'inst. crim.). Il est de toute évidence que le prévenu n'est condamné que s'il est reconnu

(1) Crim. Cass., 10 mai 1889. *Bull. crim.*, n° 178.
(2) Crim. Cass., 6 juin 1889. *Bull. crim.*, n° 205.

et déclaré coupable, et encore cette culpabilité doit être affirmée d'une manière formelle dans le jugement.

Les tribunaux correctionnels ont, en outre, le droit dans leurs jugements de condamner le prévenu à des dommages-intérêts envers la partie civile lorsqu'ils prononcent la peine. C'est même par l'exercice de ce droit qu'on réalise l'action civile devant ces juridictions.

La condamnation, en matière de grand criminel, sera exécutée par les ordres du procureur général; il aura le droit de requérir directement, pour cet effet, l'assistance de la force publique (art. 376 du Code d'inst. crim.).

D'après les articles 165 et 197 du même Code, le ministère public et la partie civile seront chargés de faire exécuter le jugement chacun en ce qui le concerne. « Néanmoins, les poursuites pour le recouvrement des amendes et confiscations seront faites au nom du ministère public, par le directeur de la Régie, des droits d'enregistrement et des domaines. » (Article 197 § 2.)

CHAPITRE IV

DE L'ATTÉNUATION DES EFFETS DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

154. En parcourant les diverses modifications subies par la prison préventive dans le courant du dernier siècle, on s'aperçoit que les efforts du législateur moderne tendent de plus en plus à diminuer ce mal nécessaire, en réduisant au minimum ses conséquences dommageables. Des progrès considérables ont été réalisés déjà, d'autres projets de réformes, trop lentes pour certains esprits, sont en voie de préparation. Il reste à étudier les atténuations qui ont été apportées aux inconvénients de l'incarcération préalable en l'imputant sur la durée de la peine et la question de savoir s'il ne serait pas possible de faire un pas de plus dans cette voie en accordant des indemnités pécuniaires aux prévenus acquittés, ou ayant bénéficié d'un non-lieu après leur détention préventive.

SECTION PREMIÈRE

Imputation de la détention préventive sur la peine

(Loi du 15 novembre 1892)

I

FONDEMENT ET HISTORIQUE DE L'IMPUTATION
LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

155. Si la société a le devoir de préserver son existence par la poursuite et le châtiment des criminels, il ne faut pas oublier qu'en face de la société se dresse l'individu qui a le droit à la liberté tant qu'il n'en est pas privé par une condamnation. L'exercice du droit de punir justifie l'emploi de la détention préventive, le respect de la liberté individuelle le condamne. Comment concilier sur ce point les droits de la société avec ceux de l'individu ?

Le principal défaut de la détention préventive consiste justement à ajouter un surcroît de rigueur à la peine. La personne placée sous mandat de dépôt ou d'arrêt, tout en étant soumise à un régime de faveur, est frappée dans sa liberté. Or, si la privation de la liberté ne constitue pas, ou, plus exactement, ne devrait pas constituer une peine aux yeux de la société qui l'inflige, elle n'en est pas moins un préjudice et une souffrance morale et physique pour celui qui l'endure. La répression infligée à l'inculpé

ne devrait-elle pas tenir compte de ce préjudice et de cette souffrance; en d'autres termes, si l'on ne veut pas faire subir au prévenu une peine supérieure à celle que les juges ont effectivement prononcée, ne conviendrait-il pas de considérer la détention préventive comme l'équivalent de la peine?

156. Imputer la détention préalable sur la peine prononcée consistera à diminuer la durée de la peine encourue du temps de l'incarcération subie pendant le procès pénal jusqu'à l'irrévocabilité de la condamnation. L'on se demande comment une réforme si équitable et si humaine a pu rencontrer des opposants.

157. On a dit, qu'en fait, le juge tient compte, lors de la fixation de la peine, de l'emprisonnement préalable; que la prison préventive était une simple mesure de sûreté et, par conséquent, ne pouvait être déduite de l'emprisonnement pénal; que ces deux incarcérations sont, non seulement d'une nature juridique tout à fait différente, mais qu'aucune comparaison n'est possible entre le régime de la détention préventive et celui beaucoup plus sévère de la peine, et on serait naturellement amené, si l'on admettait l'imputation, à accorder des dommages-intérêts aux détenus innocents et renvoyés des fins de la poursuite.

Il est certain que les tribunaux, par un sentiment louable d'équité, tenaient compte le plus souvent, lors de la fixation de la peine, de la prison préventive subie par le condamné. Mais cette pratique avait le tort d'amoindrir, aux yeux du public, l'effet intimidant des dispositions pénales par l'infliction de peines

trop courtes. Entre autres inconvénients, elle attachait à la condamnation, non les déchéances et autres effets inhérents à la peine réelle, mais ceux qui provenaient de la peine de faveur, de pitié, pourrait-on dire, accordée par le juge (1).

Quant à repousser l'imputation à cause de la différence de la nature juridique qui existe entre la détention qui est préventive et celle qui est répressive, c'est une pure subtilité. Cet argument, absolu peut-être dans les sciences mathématiques, est tout au plus relatif dans les sciences juridiques. Sans doute, si le régime des détenus est plus doux en principe que celui des condamnés, il ne faut pas exagérer une pareille faveur, et ne serait-il pas inhumain de refuser au condamné la déduction de sa prison préventive, sous prétexte qu'il n'a pas assez souffert? La prison n'est pas un lieu de torture ; le principal élément de la peine réside dans la privation de la liberté. Enfin, on ne voit pas que la question de l'imputation soit intimement liée à celle des dommages-intérêts à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires et que ces deux questions ne puissent être traitées séparément. « Pourquoi, si deux abus existent et que l'un ne puisse être immédiatement réparé, le laisser subsister avec l'autre? » (2)

158. Le Code pénal de 1810 n'avait pas prévu

(1) Cette diminution de la condamnation méritée modifiait notamment l'application des lois sur la récidive et sur la libération conditionnelle. M. Morellet, dans son rapport au Sénat, s'est expliqué sur ce point en termes définitifs (*Journ. officiel* du 27 juillet 1890. Ann., p. 546 n° 252).

(2) Chambre des députés. Annexe au procès-verbal de la séance du 21 mars 1889, n° 3622. Rapport Caradec, p. 6.

la question et ne contenait aucune règle générale sur le point de départ des peines. L'article 23 se contente de faire commencer la peine des travaux forcés à temps et de la réclusion du jour de l'exposition publique du condamné. Aussi, dans le silence de la loi, la jurisprudence, se basant sur le principe qu'un jugement n'est exécutoire que lorsqu'il est passé en force de chose jugée, c'est-à-dire que la condamnation est devenue définitive par l'épuisement des voies de recours ou par l'expiration des délais accordés pour les exercer, fixait le point de départ des peines énumérées à l'article 23 au jour où la condamnation est devenue irrévocable.

Bien que le Code n'admît pas l'imputation, un courant d'opinions favorables à cette mesure se faisait déjà sentir dans la jurisprudence elle-même, et la Cour de cassation réforma plusieurs arrêts où le juge faisait remonter le point de départ de la peine au commencement de la détention préventive.

La loi de revision du 28 avril 1832 fit subir à la théorie du Code pénal une première atteinte. Le législateur consacra la jurisprudence antérieure en faisant courir la durée des peines temporaires à compter du jour où la condamnation devient définitive (art. 23 Code pénal). Toutefois l'emprisonnement correctionnel continuait à prendre son point de départ au jour même du jugement, sans tenir compte si le condamné formait ou non un recours en temps utile.

La loi de 1832 admettait donc le principe de l'imputation, sans aller jusqu'à l'étendre à la détention préventive subie entre le jour de l'arrestation et celui de la condamnation.

Après cette loi, la question fut de nouveau reprise par le Parlement, au moyen d'un projet déposé en 1850 par M. Hennequin. Ce projet, qui admettait l'imputation obligatoire et intégrale de la prison préventive pour toutes les peines privatives de la liberté, fut repoussé par l'Assemblée législative. Mais, dès l'année 1865, lors du projet de la loi sur la mise en liberté provisoire, un groupe de députés libéraux parmi lesquels : MM. Garnier-Pagès, Glais-Bizoin, Marie, Jules Favre, Picard, Jules Simon, renouvelèrent la tentative de M. Hennequin et présentèrent l'amendement suivant : « En cas de condamnation du prévenu à la peine de l'emprisonnement, le temps de la détention provisoire qu'il aura subie devra toujours être imputé sur la condamnation. » Cet article, qui ne visait seulement que l'emprisonnement correctionnel, fut pourtant éliminé par la Chambre en vertu de l'objection toute théorique qu'elle donnait à la prison préventive le caractère d'une peine et qu'elle conduisait à l'obligation d'accorder au prévenu acquitté une action en dommages-intérêts. Ces objections, on l'a vu, étaient spécieuses et la réforme était possible puisqu'elle devait aboutir plus tard avec succès. Du reste, « quand un mal existe, disait en 1866 le rapporteur du Code pénal belge, il faut accepter un remède partiel, si l'on n'a pas le moyen de faire disparaître entièrement le mal. On tomberait à faux, bien souvent, en indemnisant tous les acquittés, car acquittement n'est pas innocence, tandis qu'en tenant compte aux condamnés de la détention préventive, on fait une chose juste en soi, sans avoir à craindre d'aller trop loin. »

159. La question ne reparut qu'en 1888 devant le Parlement français. Mais, dans l'intervalle, le principe de l'imputation avait fait son chemin et la plupart des législations étrangères (1), d'une façon plus ou moins étendue et sous des systèmes différents, l'avaient introduit dans leurs codes (2).

En 1867, la Belgique, la première, eut l'honneur d'admettre l'imputation ; l'Europe et l'Amérique même suivirent son exemple. Les législations qui se sont préoccupées de cette question, peuvent se ranger en trois groupes différents suivant le caractère de l'imputation qu'elles ont adoptée.

Le premier groupe applique le système de l'*imputation légale, c'est-à-dire se faisant de plein droit sans l'intervention du juge, et intégrale dans tous les cas.* Il est représenté par la Belgique, le Luxembourg, l'Italie et la République Argentine.

Belgique. — Le Code pénal belge du 15 octobre 1867, en admettant l'imputation, déclare qu'elle n'est pas imputable à l'amende et qu'elle est impossible lorsque la détention préalable a été subie en raison d'un fait autre que celui qui entraîne la condamnation.

Luxembourg. — L'article 30 du Code pénal du Luxembourg adopte cette théorie.

Italie. — Dans le Code pénal italien, il n'est pas nécessaire, comme dans le système belge, que la

(1) L'Espagne n'admet pas l'imputation ; l'Angleterre, la Suède, la Norvège et le Monténégro laissent au juge la faculté d'en tenir compte dans la fixation de la peine.

(2) Voir sur ce point le Bulletin de la Société de législation comparée. — Gaston Villanova et Henri Lasserre, *De l'imputation de la détention préventive.* — Goulé, *De la détention préventive.* Paris, 1893.

détention préventive soit subie pour l'infraction qui a donné lieu à la condamnation.

République Argentine. — L'article 171 de ce Code pénal, promulgué en 1881, tout en prescrivant l'imputation de la prison préventive excédant six mois, décide qu'à l'égard « des peines d'une durée indéterminée, cette circonstance (une détention excédant six mois sans la faute de l'inculpé) aura pour résultat de déterminer proportionnellement le délai exigé pour former la demande de réduction ».

Le deuxième groupe est formé par des législations qui admettent le principe de l'*imputation judiciaire et facultative.* Ce sont : les Pays-Bas, la Suisse, le Danemark, l'Autriche, la Hongrie, la Russie, le Mexique et le Japon.

Pays-Bas. — L'article 27 du Code pénal hollandais consacre le principe de l'imputation même lorsque la peine est pécuniaire, car il n'est pas impossible de déterminer approximativement la valeur comparative des jours de prison préalable en une somme d'argent. Le condamné peut encore bénéficier de cette mesure, lorsque la condamnation est prononcée pour un fait autre que celui qui a donné lieu à l'incarcération préventive.

Suisse. — Un système analogue est adopté par certains cantons helvétiques : ceux de Zug, de Soleure, Schwitz et de Bâle (1). Dans ce dernier canton, l'imputation est obligatoire, pour le juge, en matière d'infraction de police (Code des peines de

(1) Le Code pénal de Genève (art. 23) et celui du Valais (art. 47) se bornent à conseiller au juge d'abaisser la peine à raison de la détention subie.

police, art. 15). D'après l'article 33 du Code pénal du canton de Tessin, un jour de prison préalable est compté pour un jour de réclusion ou de détention, pour deux jours d'interdiction de séjour et pour 100 francs d'amende. L'article 20 du Code de Neuchâtel exige que le coupable ait fait des aveux complets dès le premier interrogatoire et hors le cas de flagrant délit. Les législations cantonales de Schaffhouse (art. 73), Lucerne (art. 71), Glaris (art. 39) ne l'accordent que lorsque la prison préventive a été exagérée, sans la faute du prévenu.

Danemark. — L'article 58 du Code pénal danois déclare que si le condamné n'a encouru qu'un emprisonnement de courte peine, soit simple, soit au régime ordinaire des prisons, la détention qu'il a subie pourra, suivant la décision du tribunal, lui tenir lieu de peine. De plus, lorsque « le coupable aura subi une longue détention, sans l'avoir provoquée par sa conduite pendant l'instruction de l'affaire, elle sera comptée comme une circonstance atténuante lors de la détermination de la peine ». Ce système paraît critiquable, car c'est la consécration par la loi du système d'atténuation arbitraire admis par la jurisprudence française avant la loi de 1892, et dont M. le sénateur Morellet a signalé les dangers dans son rapport sur la loi.

Autriche. — Le Code pénal autrichien de 1852, en admettant formellement le principe de l'imputation, le déguise sous des circonstances atténuantes en faveur des individus que « l'information a fait rester, sans leur faute, trop longtemps en prison (art 39) ».

Hongrie. — (Art. 94). En principe l'imputation

est obligatoire, mais le juge peut l'accorder dans des proportions si réduites, qu'en fait, cela peut équivaloir à un refus.

Russie. — L'article 153 du Code pénal russe laisse au juge la faculté de l'imputation. Les codes *mexicain* et *japonais* consacrent la même liberté.

Un troisième groupe de législations adopte un *système mixte.* On peut y comprendre la France depuis la loi du 15 décembre 1892 ; l'*Egypte,* qui s'était inspirée de la législation française, et l'*Allemagne,* qui possède un système un peu différent. Dans la législation pénale allemande, l'imputation est tantôt facultative, tantôt obligatoire, suivant les cas. Aux termes de l'article 40 du Code de 1870, « la détention préventive pourra être imputée, en tout ou en partie, par le jugement de condamnation sur la peine prononcée ». Mais, d'après l'article 482 du Code de procédure pénale de 1877, « l'emprisonnement préventif subi par l'accusé depuis qu'il aura renoncé à former un recours, ou depuis qu'il aura retiré un recours formé, ou enfin, depuis que le délai pour se pourvoir sera expiré sans qu'il ait fait une déclaration à ce sujet, sera imputé intégralement sur la durée de la peine privative de liberté qu'il s'agira d'exécuter contre lui ».

160. La France seule s'attardait dans sa législation de 1832, qui restreignait l'imputation à la détention préventive subie depuis la condamnation prononcée jusqu'à la condamnation irrévocable, et ne l'admettait encore dans cette hypothèse que pour deux cas seulement. Après les tentatives infructueuses de 1850 et 1865, les criminalistes ne se découragèrent pas de

ces revers successifs et réclamèrent avec acharnement l'extension du principe de l'imputation. Interprètes de ces réclamations incessantes, MM. les députés Le Roy et de la Batie déposèrent le 11 juin 1888 un projet (1) d'après lequel la déduction obligatoire de la détention préventive commençait du jour où le prévenu avait été arrêté et s'appliquait à toute peine privative de la liberté. La Chambre des députés vota la prise en considération de cette proposition de loi le 8 décembre 1888 (2).

Le 21 mars 1889, M. Caradec déposa un nouveau rapport au nom de la commission (3) à laquelle avait été soumis le projet de loi, qui concluait à son adoption après lui avoir fait subir d'importantes modifications. D'abord, tout en posant, comme une règle générale, le principe de l'imputation, on reconnaissait au juge le pouvoir d'y déroger dans chaque espèce à condition d'en faire l'objet d'une disposition spéciale et motivée du jugement ou de l'arrêt de condamnation. On supprimait, en outre, comme inutile (4), la

(1) Projet de MM. Le Roy et de la Batie : « Article unique. — Les articles 23 et 24 du Code pénal sont remplacés par les dispositions suivantes :

Article 23. — Toute détention préventive sera imputée intégralement sur la durée de la peine emportant privation de la liberté et prononcée en raison du fait qui a motivé cette détention (Reproduction de l'art. 30 du Code pén. belge).

Article 24. — Le jugement ou l'arrêt fixera par une disposition expresse la durée de l'imputation.» — *Journal officiel* du 21 juillet 1888. Annexes, Chambre, p. 749, n° 2772.

(2) V. le rapport de M. Albert Duchesne, *Journ. offic.*, 9 décembre 1888, Chambre, p. 2863.

(3) Cette commission était composée de MM. Guyot-Dessaigne, Crémieux, Caradec, Bovier-Lapierre, Chantagrel, Bouvattier, Jamais, Julhien, Gomot et Leporché.

(4) Texte adopté par la commission : « Article unique.— Les articles 23 et 24 du Code pénal sont abrogés et remplacés par la disposition sui-

fixation obligatoire dans le jugement de la durée de l'imputation.

Ainsi remanié, le projet fut adopté par la Chambre le 14 mai 1889 et voté en première lecture au Sénat, sans modification, le 3 décembre suivant, sur un rapport de M. Morellet (1). Mais, après un examen plus approfondi, la commission sénatoriale (2) constata de graves lacunes dans le texte. D'abord, avec l'article 23, disparaissait la règle générale sur le point de départ des peines criminelles temporaires ; puis, comme le disait judicieusement M. le sénateur Casabianca, la nouvelle loi, toute d'humanité et de progrès, se montrait sur un point plus dure que l'ancienne, qui, dans les cas prévus par l'article 24, déduisait obligatoirement la partie de détention préventive comprise entre le jugement ou l'arrêt et le moment où la sentence était devenue définitive. Sur les observations du garde des sceaux, la commission sénatoriale se mit en devoir de réparer ces omissions.

Le 13 juillet suivant, M. Morellet déposait un rapport supplémentaire (3), et enfin, le 18 février 1892, le Sénat, sur les conclusions du rapporteur, estimait qu'il y avait lieu de maintenir en vigueur l'article 23

vante : Dans tous les cas où, par une disposition spéciale et motivée, le jugement ou l'arrêt n'en aura pas autrement décidé, toute détention préventive sera intégralement imputée sur la peine emportant privation temporaire de la liberté et prononcée en raison ou à l'occasion du fait qui a motivé cette détention ». — *Journ. offic.*, 25 juillet 1889. Annexes, Chambre, p. 716, nº 3622, et *ibidem*, 15 mai 1889, p. 959.

(1) *Journal officiel*, 18 décembre 1889, Sénat, p. 1227. Documents parlementaires.

(2) La commission sénatoriale était composée de MM. Cabanès, Dupuy, Fousset, Isaac, Pazat, Mazeau, Chamontel, avec M. Bezérian, président, et M. Morellet, secrétaire.

(3) *Journal officiel*, 26 septembre 1891. Docum. parlementaires.

du Code pénal, fixant le point de départ de la durée des peines privatives de liberté, et l'article 24 du même Code, rendant l'imputation légale et obligatoire lorsque le condamné n'a point exercé un recours contre le jugement ou l'arrêt, ou si encore, un recours ayant été exercé, la peine a été réduite, soit sur son appel, soit à la suite de son pourvoi. L'article 23 fut conservé, mais on lui donne une rédaction plus large. L'ancien article 24 fut inséré dans l'article 24 nouveau, tel que le Sénat l'avait accepté en première lecture (1). Le 8 novembre suivant, ce texte, sur le rapport de M. Graux (2), fut l'objet d'un vote favorable à la Chambre, et la loi, soumise à la signature du Président de la République le 12 novembre 1892, fut promulguée le 17 du même mois (3).

(1) *Journal officiel*, 19 février 1892. Sénat, p. 127. Docum. parlem.

(2) *Journal officiel*, 9 novembre 1892 Chambre, p. 1476. Docum. parlem.

(3) La loi est ainsi libellée : — Article 1er. — Les articles 23 et 24 du Code pénal sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes :

« Article 23. — La durée de toute peine privative de la liberté compte du jour où le condamné est détenu en vertu de la condamnation devenue irrévocable qui prononce la peine.

» Article 24. — Quand il y a eu détention préventive, cette détention sera intégralement déduite de la durée de la peine qu'aura prononcée le jugement ou l'arrêt de condamnation, à moins que le juge n'ait ordonné, par disposition spéciale et motivée, que cette imputation n'aura pas lieu ou qu'elle n'aura lieu que pour partie.

» En ce qui concerne la détention préventive comprise entre la date du jugement ou de l'arrêt et le moment où la condamnation devient irrévocable, elle sera toujours imputée dans les deux cas suivants : 1° Si le condamné n'a point exercé un recours contre le jugement ou l'arrêt ; 2° si, ayant exercé un recours, sa peine a été réduite sur son appel ou à la suite de son pourvoi. »

Article 2. — La présente loi n'aura pas d'effet rétroactif.

Article 3. — Elle sera applicable à l'Algérie et aux colonies.

II

MODES D'OPÉRER L'IMPUTATION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE (1)

161. Pour imputer la détention préventive sur la peine prononcée, il faut connaître sa durée et, par conséquent, rechercher à quelle époque elle commence et à quelle époque elle prend fin. La détermination du point de départ a donné naissance à une vive controverse. Il existe, en effet, entre le moment de l'*arrestation* et celui de l'*incarcération* d'un inculpé, un temps quelquefois assez long, pendant lequel ce dernier endure, au point de vue moral et même au point de vue physique, un préjudice qui peut être égal et même supérieur à celui d'un prévenu enfermé dans une maison d'arrêt. Or, faudra-t-il faire prendre, comme point de départ de la détention préventive, le moment de l'arrestation ou celui de la détention? Deux systèmes principaux existent sur cette importante question.

Premier système. — D'après la jurisprudence, la détention préventive commence juridiquement au moment précis où l'inculpé est *incarcéré* dans une

(1) Voir Laborde, *op. cit.*, nº 358 et suiv. — Laborde, *Examens doctrinaux*, *Revue critique*, 1894, p. 1 et suiv., et 1896, p. 65 et suiv. — Mesnard, *De l'imputation de la détention préventive*, *Lois nouvelles*, 1893, p. 1 et suiv. — Capitant, *Des moyens de remédier aux inconvénients de la détention préventive*, Grenoble, 1893. — Naquet, Circulaire au procureur général d'Aix, *Lois nouvelles*, 1893, III, p. 63 et suiv.

maison d'arrêt ou de justice, après transcription sur le registre d'écrou de cette maison, soit du mandat d'arrêt ou de dépôt, soit de l'ordonnance de prise de corps (1). L'acte d'écrou dressé sur le registre à ce destiné est un acte authentique dont la date est certaine et qui détermine exactement le moment précis où la détention préalable a pris naissance, et toute incarcération antérieure ne saurait faire l'objet de l'imputation accordée par la loi de 1892.

« Attendu, dit un arrêt de Douai du 8 février 1893 (2), que la détention préventive visée par l'article 24 du Code pénal modifié par la loi du 15 novembre 1892, doit s'entendre de l'incarcération dans une maison d'arrêt, de justice ou de correction d'un individu mis en état de prévention ; que cette incarcération doit, aux termes des articles 110, 111, 603, 607 et suivants du Code d'instruction criminelle, être constatée par

(1) La jurisprudence ne parle pas du mandat d'amener parce que, antérieurement à la loi du 8 décembre 1897, les individus contre lesquels avait été décerné un mandat d'arrêt ou de dépôt pouvaient seuls être écroués dans les maisons d'arrêt. Une décision de la Cour de Douai du 23 septembre 1893 avait même déclaré auparavant « que le mandat d'amener n'est pas un titre pouvant autoriser un écrou régulier ; qu'il a uniquement pour but de placer le prévenu sous la main de la justice et de le faire comparaître devant le magistrat compétent pour décider s'il doit ou non être mis en état de détention ». Mais, aujourd'hui, l'article 2 de cette loi en a fait un titre de *détention* valable pour vingt-quatre heures ; l'individu arrêté est reçu à la *maison d'arrêt* ; le gardien-chef est astreint de mentionner sur un registre l'*heure exacte* de son arrivée. Il est donc de toute justice de faire partir la détention préventive du moment où l'inculpé, objet du mandat d'amener, est écroué sur le registre des passagers. Malheureusement, cette solution n'est pas admise dans la pratique ; l'administration pénitentiaire ne compte la détention préventive que du jour où l'inculpé est écroué en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, et ne considère au mandat d'amener que la simple valeur d'un billet d'écrou. On ne peut s'empêcher de trouver souverainement injuste de faire subir à l'inculpé les conséquences d'un empêchement ou d'une absence du juge.

(2) S., 1893-2-240.

un acte d'écrou dressé sur un registre séparé, tenu conformément aux instructions ministérielles des 26 août 1831 et 4 juillet 1832 ; que cet acte doit indiquer l'état civil, la profession, le domicile de l'individu arrêté, révéler les signes propres à établir son identité, préciser la nature des mandats délivrés, la qualité des magistrats qui les ont signés, les agents qui les ont exécutés, fixer la date et l'heure exactes de l'entrée en prison... »

Cette décision de la Cour de Douai fut confirmée par la Cour de cassation : « Attendu que, dans l'économie du Code d'instruction criminelle, l'arrestation d'un individu surpris en flagrant délit n'est qu'une *mesure de police* essentiellement provisoire, exécutée sans formalités spéciales, exclusive de tout emprisonnement proprement dit, qui a pour but de placer l'inculpé sous la main de la justice et de le faire comparaître devant le magistrat compétent pour décider s'il doit ou non être mis en état de détention ; — Attendu que la détention, au sens juridique du mot, est une mesure d'instruction entourée de formes solennelles, qui ne commence *qu'au moment où le magistrat, après avoir interrogé l'inculpé, délivre contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt...* et le fait conduire à la maison d'arrêt, dans laquelle son inscription est régularisée par une inscription sur le registre d'écrou ; — Attendu que le législateur de 1892, en modifiant l'article 24 du Code pénal, en décidant que la détention préventive serait intégralement déduite de la durée de la peine prononcée, à moins qu'il n'en eût été autrement ordonné, a laissé à ce terme sa valeur légale et n'a

ni expressément ni implicitement dérogé à cet égard aux dispositions du Code d'instruction criminelle.... » (1)

D'après le système posé par la jurisprudence, l'arrestation subie par un inculpé antérieurement à l'écrou régulier ne comporte qu'une simple *mesure de police* dont le législateur de 1892 n'a tenu aucun compte en établissant l'imputation.

La théorie jurisprudentielle conduit à des conséquences si rigoureuses qu'elles deviennent inadmissibles. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le juge d'instruction, conformément à l'article 104 du Code d'instruction criminelle, décerne un mandat d'arrêt ou de dépôt contre un individu en fuite ou domicilié au loin. Cet inculpé sera transféré sans délai, en vertu de l'article 110 du Code d'instruction criminelle, dans la maison d'arrêt indiquée dans le mandat. Mais, malgré toute la diligence faite, il s'écoulera un temps peut-être fort long entre l'arrestation et l'incarcération. Or, pourquoi cette privation de liberté endurée par le prévenu dans cet intervalle, ne serait-elle pas imputable sur la peine prononcée ? Il est à remarquer que le point de départ de cette imputation ne serait nullement arbitraire, puisque, aux termes de l'article 97 du Code d'instruction criminelle, l'exécution d'un mandat, pour être légale, doit être notifiée à l'inculpé par l'huissier ou l'agent de la force publique auteur de l'arrestation. Pour ces raisons, nous accorderons nos préférences à une

(1) Cour de cass., 16 mars 1893. S., 1893-1-216.

autre interprétation beaucoup plus favorable à la liberté individuelle.

Deuxième système. — D'après M. Laborde (1), la détention préventive commence à l'arrestation de l'inculpé opérée soit en cas de flagrant délit, soit en exécution d'un simple mandat d'amener, « pourvu que cette arrestation se rattache plus tard à une incarcération conforme aux règles de notre procédure criminelle ». Elle comprend donc « tout le temps pendant lequel un condamné a été privé de sa liberté avant de subir sa peine », et il bénéficiera ainsi, au point de vue de l'application de la loi du 15 novembre 1892, non seulement du temps qui s'est écoulé depuis son entrée à la maison d'arrêt, mais encore de celui qu'il a passé dans les postes de police, chambre de sûreté, etc...

Cette solution paraît conforme aux intentions libérales du législateur, qui s'est efforcé de réparer, dans une certaine mesure, les conséquences nécessaires mais déplorables de la prison préventive. Les travaux préparatoires eux-mêmes ne fournissent pas à la jurisprudence les arguments qu'elle en prétend tirer. Dans son rapport sur l'article 24, M. Caradec dit que l'imputation « doit s'étendre à *toute* détention préventive et remonter par conséquent au premier jour de l'incarcération ». Du reste, aucun de nos codes n'a défini la détention préventive, et c'est un principe admis en droit pénal, d'interpréter une loi, d'ailleurs toute de justice et d'humanité, dans le sens

(1) *Lois nouvelles,* 1893, n° du 1er avril, 2me partie, p. 53 et suivantes.

le plus favorable au condamné ; le système de la jurisprudence aurait pour conséquence d'aggraver sa situation en l'exposant à une privation de liberté qui ne lui serait pas imputée sur la peine prononcée, contrairement aux dispositions de la loi de 1892.

Mais, objecte-t-on, l'inculpé n'est pas en réalité incarcéré entre son arrestation et l'instant où il est régulièrement écroué ; il est simplement sous la main de la justice, et pourquoi imputer une détention qu'il n'a pas subie? Si, pendant cette période, l'inculpé n'est pas juridiquement en détention, il n'en est pas moins privé de sa liberté, et ne faut-il pas reconnaître que la souffrance et le préjudice qu'il éprouve d'être conduit entre deux gendarmes ou par des agents de police sous le regard de la foule, lui cause un mal encore plus cruel qu'une simple détention ? d'ailleurs, comme le dit fort bien M. Delvaille, « dès qu'il y a une atteinte quelconque à la liberté individuelle, et que cette atteinte est motivée par une procédure régulière, elle doit être qualifiée détention préventive et imputée sur la durée de la peine. » (1)

Le Code pénal belge, dans son article 30, rend obligatoire l'imputation de *toute* détention subie avant que la condamnation ne soit devenue irrévocable, et la jurisprudence interprète ce texte dans un sens très libéral. Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 10 janvier 1868 en a fait l'application à la détention antérieure au mandat de dépôt ou d'arrêt. Pourquoi

(1) Delvaille, *De la déduction de la dét. prév.*, p. 115.— L'article 258 du Code de justice maritime (loi du 13 avril 1895) paraît conforme à l'opinion de M. Laborde : « Est réputé en état de détention préventive tout individu *privé de sa liberté* sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit. »

la jurisprudence française n'adopterait-elle pas une solution aussi libérale et qui aurait le mérite d'être conforme à l'esprit de la loi de 1892, inspirée de la loi belge ? Pour ce faire, elle n'aurait qu'à placer le point de départ de la détention préventive à la date constatée dans le procès-verbal des agents de police ou de la gendarmerie, et ce système ne laisserait aucune place à l'arbitraire, conformément à l'opinion de l'arrêt de la Cour de Douai du 8 février 1893 (1).

162. Quand prend fin la détention préventive ? La détention prend fin, évidemment, le jour où commence la peine. La question se résout alors à savoir quand commence la peine : est-ce le jour où la condamnation est prononcée, ou, au contraire, à une date ultérieure ?

L'ancien article 23 du Code pénal, qui a été modifié par la loi de 1892, portait que « la durée des peines temporaires compterait du jour où la condamnation serait devenue irrévocable ». Cependant, si ce principe était applicable lorsque le condamné, lors de l'irrévocabilité de la sentence, était détenu préventivement, il ne pouvait plus l'être, lorsqu'au moment où la sentence devenait définitive, le condamné était libre ou évadé, ou encore purgeait une peine anté-

(1) MM. Lasserre et Villanova (*L'imputation de la dét. prév.*, p. 64) paraissent accepter le système enseigné par M. Laborde. — M. Mesnard, procureur de la République, dans une étude publiée sur le même sujet dans les *Lois nouvelles* (année 1893, 1re partie, p. 1 et suiv.) conclut que « l'imputation de la détention préventive doit commencer au moins, sans contestation possible, du jour où l'inculpé a été écroué dans une maison d'arrêt *en vertu d'un ordre quelconque de la justice* ». Cette solution est déjà beaucoup plus libérale que celle de la jurisprudence. Mais pourquoi ne pas aller plus loin, en admettant franchement que l'imputation doit s'effectuer du moment où il y a eu arrestation constatée ?

rieure à sa nouvelle condamnation. Dans ce cas, il était impossible de faire commencer la peine à exécuter soit avant l'écrou du condamné resté libre ou évadé, soit avant l'expiration de l'emprisonnement pénal encouru. Aussi, l'ancien article 23 fût-il supprimé par la loi nouvelle et remplacé par la formule de l'article 23 actuel, aux termes duquel « la durée de toute peine privative de la liberté compte du jour où le condamné est *détenu* en vertu de la condamnation devenue irrévocable qui prononce la peine », et l'on doit entendre par les mots « peine privative de la liberté » aussi bien la réclusion et les travaux forcés que l'emprisonnement.

Mais que faut-il entendre par *détenu*? « Détenu, répond M. Laborde (1), signifie arrêté, car il n'est fait aucune allusion au local. On a voulu clore ainsi une ancienne controverse. On se demandait, en effet, s'il fallait tenir compte au condamné de l'emprisonnement du temps passé dans les lieux de dépôt en France ou à l'étranger. Le rapporteur à la Chambre des députés a affirmé que ce temps compterait (2). Rien de plus juste, car toute privation de la liberté imposée au condamné pour arriver à lui faire subir sa peine exige une compensation. » (3)

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 359.

(2) *Sic*: Rapport Graux (Chambre, documents parlementaires 1892, p. 2237). — Lasserre et Villanova, p. 83. — Vidal, p. 18, mais avec une distinction repoussée par M. Laborde. — V. sur la controverse : Laborde, 1re édition, n° 449, et Cass. 23 février 1833, 17 décembre 1850.

(3) C'est en ce sens que M. Graux a dit : « La détention préventive comprend trois périodes : celle antérieure au jugement, celle qui s'étend du jugement à la date où la condamnation devient irrévocable, celle qui est postérieure à l'irrévocabilité de la condamnation. » *Loc. cit.*, p. 2236. (Notes de M. Laborde.)

Une décision judiciaire n'est exécutoire, en principe, que lorsqu'elle n'est plus susceptible d'être modifiée par suite de l'exercice de toutes les voies de recours ou que tous les délais pour les exercer sont écoulés. Ainsi donc, pour le condamné qui a été détenu préventivement, la détention préalable prendra fin le jour où la condamnation qui le frappe sera devenue irrévocable.

163. Connaissant le point de départ et la fin de la détention préventive, comment s'effectuera l'imputation ? Deux procédés sont possibles :

Le premier, admis par le législateur français dans l'ancien article 24 (rédaction de 1832), consistait à faire rétroagir le point de départ de la peine au jour où la détention préventive a pris naissance. Par le fait de la condamnation définitive, cette incarcération préalable perdait son caractère propre pour se transformer en peine (1). Ce procédé avait le grave inconvénient de faire rétroagir en même temps que la peine les déchéances et incapacités que souvent elle entraîne, et ainsi des actes accomplis par l'inculpé pendant sa détention préventive pouvaient se trouver annulés. L'imputation se retournait contre le condamné et préjudiciait aux tiers.

Pour remédier à de semblables inconvénients, la loi de 1892 adopta le second procédé qui, à l'encontre, fixe d'une manière invariable le point de départ de la peine, en déduisant de sa durée le temps écoulé en détention préventive. L'imputation s'opère par une simple soustraction, de telle sorte qu'on avance

(1) Blanche, I, p. 121.

la libération du condamné d'un nombre de jours égal à celui de son emprisonnement préalable (1).

164. Si, au sujet du calcul ou de l'application de l'imputation, une contestation s'élève entre le condamné et le parquet, à qui incombe la charge de faire exécuter les condamnations prononcées par les juridictions criminelles ? La compétence appartiendra au tribunal ou à la Cour qui aura prononcé la condamnation ; « l'exécution de la peine étant l'accessoire et la conclusion de l'action publique, doit être soumise au juge qui a statué sur cette action » (2), et non aux membres du parquet qui seraient ainsi — comme ils en avaient élevé la prétention (3) — partie et juge en cette matière.

III

RÉGIME DE L'IMPUTATION

165. Le nouvel article 24 du Code pénal divise la détention préventive en deux périodes : la première, qui commence au moment de l'arrestation et se termine au jour de la condamnation ; la seconde, qui est comprise entre cette condamnation et le moment où elle est devenue irrévocable.

(1) V. la circulaire ministérielle adressée à MM. les procureurs généraux le 18 août 1894. — V. *infra*, n° 169, la conséquence importante qu'entraîne ce changement du procédé d'imputation.

(2) Goulé, *De la détention préventive*, p. 83.

(3) Cass., 9 mars 1859. S., 1859-1-486. — S'il y a urgence, le tribunal correctionnel du lieu de l'exécution pourra prendre les mesures provisoires nécessaires. Laborde, *op. cit.*, n° 373. — Cass., 23 février 1833. — Dal. Rép. V° Peine 242. — 27 juin 1845. D., 45-1-288. — 9 juillet 1859. *Bull.* 171. — 9 janvier 1862. *Bull.* 26. — 2 juin 1893, D., 95 1-372.

166. *Première période.* — Cette période comprend « la détention préventive qui précède la condamnation prononcée ». Elle est intégralement déduite de la durée de la peine édictée par le juge, à moins qu'il n'ait ordonné que cette imputation n'aura pas lieu ou qu'elle n'aura lieu que pour partie.

La loi de 1892, en admettant l'imputation légale, est donc beaucoup plus libérale que certaines législations européennes (Hongrie, Hollande) qui, tout en adoptant cette mesure d'équité, décident qu'elle ne se produira qu'autant qu'elle aura été ordonnée expressément par le jugement ou l'arrêt de condamnation. Le législateur français a su éviter l'écueil de l'imputation obligatoire, dont le grave inconvénient est d'inciter le prévenu à prolonger par tous moyens sa prison préventive afin de bénéficier plus longtemps du régime de faveur. En combinant l'imputation légale avec l'imputation non obligatoire, on a supprimé l'objection. Le juge peut toujours refuser l'imputation au condamné (1); mais ce refus doit faire l'objet, dans le jugement ou l'arrêt de condamnation, d'une disposition spéciale et motivée. Si le juge « veut que *toute* la détention préventive soit déduite de la peine, il n'a rien à dire; s'il veut, au contraire, écarter l'imputation pour le tout ou pour partie, il doit l'ordonner par disposition spéciale et motivée » (2). La Cour suprême a décidé que l'absence de motifs entraînerait la cassation *totale* (3) de

(1) V. le rapport de M. Graux à la Ch. des députés, 20 octobre 1892.
(2) Laborde, *op. cit.*, n° 360.
(3) *Contra :* Lasserre et Villanova, *op. cit.*, p. 42.

la condamnation (1), et un arrêt de la Cour d'Alger a admis avec raison que « le motif seul que la détention préventive a été nécessitée par les besoins de l'instruction n'est pas suffisant pour refuser l'imputation sur la peine de la durée de cette détention » (2).

167. L'imputation de la prison préventive s'applique « à toute peine privative de la liberté » : travaux forcés, déportation, réclusion, emprisonnement. Il faut admettre, en outre, la même solution au sujet du bannissement (3), bien qu'étant une peine simplement restrictive de la liberté, car le texte de l'article 24 ne s'y oppose nullement, et l'intention du législateur de 1892 a été, sans nul doute, d'étendre cette mesure de faveur au plus grand nombre d'hypothèses et d'en faire bénéficier le plus possible de condamnés. La loi doit recevoir encore son application au sujet des peines perpétuelles parce qu'il suffit qu'une commutation de peine intervienne pour qu'elle soit transformée de perpétuelle en temporaire et que l'imputation puisse avoir lieu.

Toutefois, la détention préventive ne sera pas imputée sur la durée de l'incarcération dans une maison de correction prononcée contre un mineur de 16 ans,

(1) Cass., 11 mars 1893. — Examen doctrinal, par M. Laborde, *Revue critique* 1894, p. 11. — V. *Lois nouvelles* 1893, 2e partie, p. 93, et Cass., 6 juillet 1894. S., 1894-1-380. — Cass., 11 mars 1893. *Bull.*, p. 109.

(2) *Revue d'Alger*, 152-1895. Rapporté par la *Gazette du Palais*. Table analytique, 1895.

(3) Le nouvel article 258 du Code de justice maritime cite le bannissement parmi les peines sur la durée desquelles la détention préventive doit être imputée.

La Cour de cassation a refusé d'admettre le bénéfice de la loi du 15 novembre 1892 à la relégation collective. — Cass., 7 août 1897. D., 1898-1-28.

parce que cette privation de liberté ne constitue pas une peine, mais bien une mesure d'éducation forcée. Il faudra adopter une solution semblable pour la dégradation civique et l'interdiction légale.

Les peines privatives de la liberté et non les peines pécuniaires seront seules visées par l'imputation. Il est regrettable que le législateur français n'ait pas suivi, en cette matière, l'exemple donné par la Hollande, l'Italie, la Hongrie, les Pays-Bas et plusieurs cantons Suisses (1), en compensant le paiement de l'amende par l'emprisonnement préalablement enduré. Il est anormal, en effet, de traiter le condamné le plus coupable avec davantage d'indulgence que celui dont la faute est moindre (2). La contrainte par corps n'étant qu'un moyen d'obtenir le paiement de l'amende, des dommages-intérêts et des frais, ne peut pas être diminuée par l'imputation.

168. *Deuxième période.* — Cette période du procès pénal comprend « la détention préventive qui s'écoule de la condamnation prononcée à la condamnation irrévocable ». Elle est « consacrée à l'exercice

(1) Le Code néerlandais laisse au juge le soin de faire l'évaluation. Le Code pénal du canton du Tessin évalue, au contraire, un jour de détention préalable à 100 francs d'amende. Le Code pénal italien de 1889, articles 19 et 40, déduit de l'amende 10 francs par jour de la détention préventive subie. Le Code pénal hongrois de 1881 déduit 12 fr. 50. Le Code d'Obwalden, 3 francs.

(2) Delvaille, *op. cit.*, p. 169.

Il est intéressant de mentionner le projet de la Commission de revision du Code pénal, contenant sous l'article 45 la disposition suivante qui, malheureusement a été retranchée dans la séance tenue par cette Commission le 20 décembre 1894. « Lorsque la peine prononcée sera seulement pécuniaire, le jugement ou l'arrêt pourra ordonner que le condamné qui aurait été soumis à une détention préalable sera exonéré en tout ou en partie du paiement de l'amende appliquée. »

des voies de recours ou au délai pour les exercer. L'imputation de la détention préventive pendant cette deuxième période reste, en principe, *légale et non obligatoire*. » (1) Par exception, elle est *légale et obligatoire* dans les deux cas suivants : 1° si le condamné n'a point exercé de recours contre le jugement ou l'arrêt ; 2° si, ayant exercé un recours, sa peine a été réduite sur son appel ou à la suite de son pourvoi (art. 24 § 2 Code pénal).

Pour bien comprendre la portée de cette disposition, il faut distinguer trois hypothèses :

1° Le condamné n'a pas exercé de recours. — Dans ce cas, l'imputation est absolument obligatoire pour la seconde période. La Cour de cassation fait application de cette règle dans un arrêt du 27 février 1896, par lequel elle admet avec raison qu'une telle solution s'impose, alors même que la Cour a été saisie par l'appel du ministère public en même temps que par celui du prévenu (2), le législateur s'attachant exclusivement au résultat de l'appel, sans tenir compte de l'attitude du ministère public (art. 24 § 2, 1°).

2° Le condamné a exercé un seul recours. — S'il parvient à faire réduire la peine, il a un droit absolu à l'imputation depuis la date du jugement ou de l'arrêt attaqué (art. 24 § 2, 2°).

S'il n'obtient pas de réduction de peine, il n'a plus de droit absolu à la déduction de la détention préventive. Pourtant, il lui reste le bénéfice de l'imputation légale, mais non obligatoire, qui s'opérera, à moins

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 262.
(2) Cass. Crim., 2 février 1896. V. *Droit* 2 mai 1896, et S., 1896-1-424.

d'une décision contraire du juge ; de telle sorte que le juge qui statue en dernier lieu pourra faire bénéficier le condamné d'une imputation qui lui a été refusée par le premier juge, et, à l'inverse, la lui retirer quand le premier juge l'avait accordée. Toutefois, le refus de l'imputation étant considéré comme une aggravation de la situation du prévenu, la juridiction d'appel ne peut prononcer le refus que si la décision attaquée n'en a pas fait mention et qu'un appel *a minima* n'ait pas été formé par le ministère public (1).

3° Le condamné exerce successivement plusieurs recours. — Le législateur n'a pas prévu l'hypothèse, mais il ne peut y avoir de difficultés que si le condamné échoue dans certains de ses recours et triomphe dans d'autres. Il faut alors s'inspirer de l'esprit de l'article 24 pour résoudre la question.

Premier cas. — La peine confirmée en appel, après pourvoi en cassation du condamné, a été réduite par la Cour de renvoi ; le condamné, qui a dû passer nécessairement par la voie de l'appel (art. 407 du Code d'instr. crim.), bénéficiera de l'imputation obligatoire de *toute* la seconde période de la détention (2).

Deuxième cas. — La Cour d'appel a réduit la peine, mais le pourvoi a été rejeté. Sans aucun doute, l'imputation obligatoire s'effectuera pour la partie de détention comprise entre le jugement du tribunal

(1) *Sic* : Laborde, *op. cit.*, n° 354, et Examen doctrinal, *Revue critique* 1894, p. 5 et suiv. — Cass., 24 juin, 4 août 1893. S., 1893-1-444. — Cass., 13 janvier 1893. *Gazette du Palais*, 1893, 1re partie, p. 214. — *Contra* Caen, 14 juillet 1893.

(2) *Sic :* Laborde, *op. cit* , n° 365. — Vidal, *op. cit.*, p. 68.

correctionnel et l'arrêt de la Cour statuant sur l'appel du condamné. « Pour tout le reste, dit M. Laborde, l'imputation sera légale, mais non obligatoire. On a objecté que le texte se contentait d'un succès sur l'appel ou sur le pourvoi pour accorder au condamné le bénéfice de l'imputation obligatoire ; mais c'est mal raisonner que d'invoquer le texte en vue d'une hypothèse que le législateur n'a pas vue. L'esprit de la loi est de récompenser par l'imputation obligatoire le succès du condamné dans ses voies de recours. Il faut donc, pour rester fidèle à cet esprit, appliquer l'imputation obligatoire à la sous-demi-période qui précède le recours qui a réussi, et ne pas l'appliquer à celle qui précède le recours qui a échoué. » (1)

En cas de désistement du recours formé par le condamné, celui-ci aura-t-il droit à l'imputation obligatoire de la deuxième période de la détention préventive comme s'il avait triomphé ou s'était abstenu de tout recours ? Avant la loi de 1892, la jurisprudence distinguait entre le désistement de l'appel et celui du pourvoi, et sa théorie s'appuyait sur la distinction suivante : Le condamné a dix jours pour faire appel ; il a donc le temps de réfléchir sur le parti qu'il doit prendre, et si, après avoir usé de ce recours, il se désiste, il y a tout lieu de supposer qu'il n'a usé de cette voie de droit que pour prolonger sa détention ; en conséquence, la Cour lui refusait le bénéfice de l'imputation obligatoire (2). Tandis qu'au contraire, pour se pourvoir en cassa-

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 365. — *Sic :* Capitant, *op. cit.*, p. 34. — *Contra* Vidal, *op. cit.*, p. 69.

(2) Cass., 22 novembre 1855.

tion, le condamné a seulement trois jours, et ce délai est bien court pour examiner mûrement si le pourvoi est fondé, appréciation d'ailleurs des plus délicates. Aussi, la Cour suprême décidait que le désistement effaçait rétroactivement le pourvoi et faisait bénéficier le condamné de la déduction de la prison préventive subie depuis sa condamnation (1).

Sans contester l'équité de cette solution extra-juridique, il faut reconnaître qu'en présence du nouvel article 24, elle paraît inadmissible. Le condamné n'est, en effet, ni dans l'un ni dans l'autre cas où l'imputation est forcée ou purement légale, et il faut le traiter comme un condamné qui a échoué. Par conséquent, pendant la première période, il jouira de l'imputation si le jugement ou l'arrêt attaqué lui en a laissé le bénéfice ; il en sera privé, au contraire, si ce bénéfice lui a été retiré par la décision attaquée. La situation se trouvera donc réglée par le jugement de première instance (2).

IV

DIFFICULTÉS QUI PEUVENT S'ÉLEVER DANS L'APPLICATION DE L'IMPUTATION

169. Un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1895 déclare que lorsqu'un condamné détenu forme un pourvoi contre sa condamnation, il ne doit

(1) Cass., 26 mai 1853. — Circulaire du ministère de l'intérieur du 6 juillet 1868. D. 1869-3-22.

(2) Laborde, *op. cit.*, p. 366.

pas être mis en liberté avant qu'il ait été statué sur le pourvoi, même si la peine se trouve purgée en tenant compte de la prison préventive subie (1). La Cour de cassation base sa jurisprudence sur l'article 23 du Code pénal, d'après lequel la durée des peines privatives de liberté ne commence que lorsque la condamnation est irrévocable, et suppose que l'article 24 contient une exception à la règle générale exprimée par l'article 23. La Cour suprême raisonne ainsi : Puisque la peine ne commence à courir que lorsque la condamnation est devenue irrévocable pour le condamné (article 23), l'imputation de la détention préventive faisant simplement rétroagir ce point de départ (art. 24), ne peut avoir lieu qu'à ce moment.

« Ce raisonnement, dit M. Laborde, serait irréprochable si la loi de 1892 n'avait pas changé le procédé d'imputation admis par la loi de 1832. Autrefois, l'imputation se faisait par un *report fictif du point de départ* de la peine au moment où la détention préventive devenait susceptible d'être imputée. Aujourd'hui, elle se fait en *déduisant la détention préventive de la peine prononcée*. L'ancien procédé faisait de la disposition de l'article 24 une exception à la règle générale sur le point de départ de la durée des peines écrite dans l'article 23, et le mot « néanmoins », qui commençait l'article 24, annonçait l'exception. Le nouveau procédé rompt toute relation entre les deux articles. Leurs dispositions, absolu-

(1) *Lois nouvelles*, 1893-2-237, et la note de M. Sarrut sous cet arrêt D., 95-1-325

ment distinctes et indépendantes l'une de l'autre, n'ont pas besoin d'être conciliées. » (1)

Il est facile de se rendre compte combien le système adopté par la jurisprudence est défavorable aux condamnés ; ils sont, en effet, enfermés dans une alternative, ou de ne rien tenter pour faire tomber la condamnation qui les a frappés, ou de prolonger leur incarcération. Cette solution est certainement contraire à l'esprit du législateur de 1892 (2).

170. Peut-on imputer la détention préventive pour un fait autre que celui qui a entraîné la condamnation ? L'équité semble conduire à cette solution, conforme à l'esprit et à la lettre du nouvel article 24. L'étude historique de la loi ne fait que la confirmer.

Pour que l'imputation ait lieu, le législateur n'exige pas que la cause de la détention soit celle de la condamnation ; il dit, au contraire, qu'on devra faire l'imputation « toutes les fois qu'il y aura eu détention préventive ».

Les travaux préparatoires corroborent cette théorie. L'article 23 (rédaction du projet de MM. Le Roy et de la Batie), visiblement inspiré de l'article 30 du Code pénal belge, employait la formule suivante : « Toute détention préventive sera imputée intégralement sur la durée de la peine emportant privation de la liberté, et *prononcée en raison du fait qui a motivé cette détention.* » Or, la condition restrictive contenue dans le dernier membre de phrase fut abandonnée avant le vote en seconde lecture au Sénat.

170 *bis.* La Cour de cassation a encore déclaré

(1) Laborde, *op. cit.*, n° 368.
(2) V. Laborde, *Revue critique*, 1896, p. 65 et suiv.

que la détention préventive subie à l'occasion d'une double accusation devait être déduite de la peine d'emprisonnement, bien qu'il y ait eu acquittement sur l'un des chefs d'accusation (1). Mais, si le prévenu subit, pendant sa détention préventive, une peine qui a été prononcée contre lui, soit pendant, soit avant cette détention, et qui ne se confond pas avec la peine résultant du jugement ou de l'arrêt de la condamnation, la Cour suprême décide, avec raison, que la règle d'après laquelle la détention préventive est déduite intégralement de la peine prononcée par le jugement ou l'arrêt, cesse d'être applicable, à moins que le juge n'en ait décidé autrement (2).

171. L'inculpé, préalablement détenu, peut avoir obtenu sa mise en liberté provisoire, ou bien, par suite de son acquittement par le tribunal correctionnel, il peut être mis en liberté, puis condamné ensuite par la Cour sur appel du ministère public, ou même encore, ayant bénéficié d'une ordonnance de non-lieu, il peut être, par suite de circonstances nouvelles, en état de détention. Or, dans toutes ces hypothèses où son incarcération est discontinue, devra-t-on lui tenir compte de la durée totale de la somme de ces fractions de détention, additionnées pendant l'instruction de l'affaire qui le conduit devant le tribunal répressif, ou, au contraire, n'imputera-t-on sur la peine que la dernière détention subie

(1) Cass., 4 août 1893. D., 1893-2-512. — Tribunal correctionnel de Lille, 14 juin 1894. *Gazette du Palais*, 1894-2-249. — Cour d'assises de l'Aude, 22 février 1893 ; *Lois nouvelles*, 1893-2-66.

(2) Cass., 7 août 1897. D., 1898-1-28,

avant la condamnation ? L'équité, encore, oblige d'admettre l'imputation totale, d'autant plus que l'article 24 l'a prescrite comme une règle générale, sans distinguer si la détention préalable a été continue ou non.

172. Enfin l'article 4 de la loi du 5 juin 1875, qui a organisé l'emprisonnement cellulaire ou individuel pour certaines catégories d'individus condamnés à la prison et pour ceux qui demanderont à exécuter leur peine sous ce régime, accorde de plein droit une réduction d'un quart sur les condamnations à l'emprisonnement subies sous le régime cellulaire, lorsqu'elles dépassent trois mois et que le condamné a passé trois mois consécutifs dans l'isolement. En face d'une semblable disposition, on peut se demander quel sera l'effet produit par l'application combinée de la loi sur l'imputation et de celle de 1875 ? En d'autres termes, la détention préventive en cellule est-elle considérée comme l'équivalent légal des peines privatives de la liberté ? La majorité des auteurs et la jurisprudence soutiennent l'affirmative. La réduction du quart sera calculée sur l'ensemble de la peine, et sur les trois quarts restant on déduira la durée de la prison préventive subie en cellule (1).

(1) *Sic* : Laborde, n° 367 et Examens doctrinaux, *op. cit.*, p. 12. — Mesnard, *Lois nouvelles*, 1893, 1re partie, p. 374, et MM. Lasserre et Villanova. — Paris, 1er juillet 1893. S., 1893-2-190, et *Gaz. des trib.* du 22 juillet 1893. — *Contra :* Circulaire de M. Naquet. V. *Lois nouvelles* 1893, 3e partie, p. 66 et 67.

SECTION II

Des indemnités à accorder aux victimes de la détention préventive

173. Malgré les mesures protectrices dont le législateur a entouré les poursuites et les débats, la justice humaine ne possède pas la prérogative de l'infaillibilité, et une erreur est toujours possible pour le juge même doué du jugement le plus droit et de la conscience la plus impartiale. Or, en fait, ces erreurs existent, et il arrive un jour, souvent très éloigné de l'arrestation, où les magistrats eux-mêmes sont obligés de reconnaître qu'ils se sont trompés. L'inculpé reconnu innocent sera remis en liberté, mais la justice immanente sera-t-elle satisfaite si, après une longue détention dont elle est responsable, on lui ouvre simplement les portes de sa prison ?

L'équité exige évidemment autre chose ; la société doit une réparation matérielle et morale à l'homme qu'elle a injustement incarcéré. Son arrestation a fait peser sur lui un soupçon qu'un élargissement n'a peut-être pas dissipé ; elle a porté le trouble dans la gestion de son patrimoine et ses rapports de famille. Incontestablement, il faut réparer le mal qui a été fait et rechercher quelle sera la nature de cette réparation. Une large publicité paraît être le seul remède efficace pour diminuer le préju-

dice moral ; une indemnité pécuniaire, consistant en des dommages-intérêts payés par l'État, pourra, seule, réparer dans une certaine mesure le préjudice matériel subi. « Si le prévenu eût été coupable, dit M. Dupin, il aurait dû à la société une réparation dans sa personne et dans ses biens ; il est innocent, la proposition est renversée, c'est à lui que l'indemnité est due. » (1)

174. La question n'est pas nouvelle. Notre ancien droit féodal, qui n'était pas tendre pour les prévenus, les retenait en prison, même lorsqu'ils étaient innocents, jusqu'à ce qu'ils eussent acquitté les frais de la procédure à tort suivie contre eux. Louis XI fit cesser cet abus (2), et l'histoire donne, depuis, un certain nombre d'exemples de réparation individuelle (3). Au point de vue législatif, l'ordonnance de 1539 rendait le juge responsable de ses erreurs, et le ministère public de ses poursuites téméraires. Une ordonnance du duc Léopold de Lorraine, rendue en 1707 (titre II, art. 6), reconnaissait, dans une certaine mesure, le principe de l'indemnité sociale. Au point de vue doctrinal, en 1781, le sieur

(1) Dupin, *Observations sur notre législation criminelle.* — Voir Chaix-d'Est-Ange, Rapport sur la proposition de M. Royer. — Bonneville de Marsangy, *Amélioration de la loi criminelle*, t. I, p. 494.

(2) Ordonnance de 1463, art. 14.

(3) Louis X légua 10.000 livres aux enfants d'Enguerrand de Marigny, condamné sans preuve et pendu à Montfaucon. En 1409, la mémoire de Jean de Montaigut, seigneur de Marcoussi, fut réhabilitée et la confiscation de ses biens déclarée nulle. En 1575, des lettres de revision de Henri III réhabilitèrent la mémoire du maréchal de Riez et de Jancquis de Coucy, son gendre, condamnés en 1551. Un arrêt du Parlement du 17 juin 1693 réhabilita la mémoire d'un sieur Langlade, et sa femme obtint une réparation pécuniaire. De même, une indemnité en argent fut accordée à la femme et aux enfants de Calas, condamné en 1762.

Brissot, futur Girondin, vit son mémoire où il se montrait partisan de l'allocation de dommages-intérêts aux inculpés reconnus innocents, couronné par la Société des arts et belles-lettres de Châlons-sur-Marne, et Louis XVI semblait partager ses idées libérales. « Nous nous réduisons avec peine aujourd'hui, dit-il en parlant des victimes d'erreurs judiciaires, à n'accorder pour indemnité à leur innocence que la certitude d'être solennellement reconnue et manifestée ; mais, du moins, en attendant que nous puissions compenser pleinement les dommages qu'elle aura soufferts, nous voulons lui assurer dès ce moment, dans toute son intégrité, cette réparation qui laisse encore à notre justice de si légitimes regrets. »

Les cahiers des États Généraux du Tiers-État, notamment ceux de Paris, demandaient la réparation du préjudice causé à l'innocent poursuivi et arrêté à tort. A l'Assemblée Constituante de 1790, le conventionnel Duport déposa un projet de loi « pour qu'une réparation pécuniaire soit accordée aux gens qui, après avoir été poursuivis, auront vu leur innocence déclarée ;..... parce que cette indemnité est une dette de la société,..... elle doit l'acquitter, car tous les hommes rassemblés ne sont pas plus dispensés d'être justes qu'un seul homme ». Malgré ces belles paroles, le principe de la réparation sociale fut repoussé dans la séance du 5 janvier 1791 (1). Depuis, les criminalistes les plus éminents n'ont cessé de préconiser la réparation par une indemnité

(1) *Moniteur*, 5 et 6 février 1791.

pécuniaire du préjudice causé par une poursuite injustifiée (1). La question, mise plusieurs fois à l'ordre du jour des congrès de jurisconsultes, fut toujours l'objet des vœux les plus favorables, et, en 1863 notamment, le Congrès scientifique international, réuni à Gand, demandait « que la société indemnise les inculpés préventivement détenus et, plus tard, reconnus innocents du fait qui leur était imputé ».

Malgré les vœux émis de toutes parts en faveur d'un régime plus équitable et plus humain, le problème posé par les jurisconsultes n'obtenait des Chambres françaises aucune solution pratique. Cependant, lors de la discussion de la loi de 1867, une proposition présentée par M. Maurice Richard, député, et soutenue par MM. Emile Ollivier et Jules Favre, ayant pour but d'accorder une indemnité pécuniaire aux condamnés reconnus innocents après revision, fut repoussée d'après les conclusions du rapporteur, M. Nogent Saint-Laurens, et l'avis du garde des sceaux. La difficulté, cependant, était résoluble, un grand nombre de législations l'ayant surabondamment prouvé en inscrivant dans leur Code le principe de la réparation sociale (2).

(1) Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. II, p. 149. — Le Graverend, *op. cit.*, t. I, Introduction, p. 36. — Merlin, *Répertoire*, 5e édition, vo Dénonciateur. — Dupin, *op. cit.*, p. 589. — Bonneville de Marsangy, *op. cit.*, t. I, p. 485, et t. II, p. 585. — Faustin Hélie, *op. cit.*, t. VIII, p. 541.

(2) *En Suisse*, dans le canton de *Vaud*, l'individu qui bénéficie d'une ordonnance de non-lieu a droit à des dommages-intérêts ; le même droit ne lui est cependant pas reconnu en cas d'acquittement (Code de procéd. pén. de 1850). Dans le canton de *Berne*, ont droit à l'indemnité, les individus acquittés ou relaxés par ordonnance de non-

175. Quoi qu'il en soit, la question resta pour nous toute théorique, et il en fut ainsi jusqu'au jour où la loi du 8 juin 1895, sur la revision des procès criminels et correctionnels, vint faciliter cette revision et réaliser un progrès en faisant un pas marqué dans le sens de la réparation.

Lors de l'élaboration de la loi, on trouve dans les travaux préparatoires que la Chambre des députés, puis la commission du Sénat proposèrent d'étendre l'indemnité allouée pour cause d'erreur judiciaire, même aux cas où cette erreur n'aurait pas été consommée par une condamnation.

Le 7 juillet 1892, la Chambre, sur le rapport de

lieu, non seulement au cas où ils sont reconnus innocents, mais encore lorsqu'ils ont été renvoyés des fins de la poursuite pour insuffisance de preuves. L'extension exagérée de cette dernière disposition du Code pénal de 1854 est critiquable, car elle transforme l'indemnité en prime offerte au coupable habile. Le Code de procédure pénale de 1873 du canton de *Fribourg* et la législation du canton de *Neuchâtel* depuis 1875 accordent une réparation pécuniaire aux détenus reconnus innocents. A *Genève*, une disposition plus restrictive n'autorise la réparation qu'en cas de revision. *Bâle-Ville* a adopté une semblable mesure dans la loi du 9 décembre 1889 « sur l'indemnité à accorder aux frais de l'État aux innocents arrêtés ou condamnés ».

La loi *Portugaise* du 18 juin 1884 (art. 89 § 6) consacre une disposition analogue.

En *Suède*, l'article premier de la loi du 12 mars 1886 est ainsi conçu : « Lorsqu'un individu aura été arrêté comme inculpé d'un délit et que la poursuite intentée contre lui aura été abandonnée ou qu'il aura été acquitté, il pourra lui être alloué, ou, à son défaut, à sa femme ou à ses enfants, à la charge de l'État, une indemnité pour la suppression ou la restriction de ses moyens d'existence provenant de la privation de la liberté qu'il a subie. »

Le paragraphe 469 du Code d'instruction criminelle *Norvégien* du 1er juillet 1887 dispose que le Trésor doit une indemnité à celui qui, après avoir subi sa peine ou la détention préventive, sera reconnu innocent et dans ce dernier cas, alors même qu'il serait renvoyé des fins de la poursuite pour insuffisance de preuves.

Le *Danemark*, par la loi du 5 avril 1888, article premier, décide que l'individu arrêté préventivement, acquitté ou mis en liberté, a droit, s'il est innocent, à une indemnité à fixer par le juge.

M. Pourquery de Boisserin (1), adoptait le principe de l'indemnité et ajoutait la disposition suivante au nouvel article 446 du Code d'instruction criminelle : « Toute personne poursuivie pour crime ou pour délit et acquittée ; toute personne arrêtée préventivement sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit dont l'instruction sera clôturée par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, aura la faculté de demander une indemnité qui pourra lui être accordée dans les cas suivants : 1° lorsqu'une autre personne aura été définitivement condamnée pour le même fait, ou ne pourra plus l'être, conformément au deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 443 ; 2° dans les cas prévus par les paragraphes 3 et 4 de l'article 443 pour le faux témoignage ; 3° lorsqu'il résultera de la décision mettant fin aux poursuites que le fait ne constitue ni crime ni délit. — L'action sera introduite dans les trois ans du jour où le fait générateur du droit aura été connu de l'intéressé, par simple requête adressée à M. le président du Tribunal ou de la Cour du lieu où l'arrestation se sera produite, où l'ordon-

Au *Mexique*, tout individu acquitté, après avoir justifié de sa complète innocence, a droit à des dommages-intérêts sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a été ou non préventivement détenu. (Art. 344 du Code pénal.)

Une loi du 16 mars 1892 permet, en *Autriche*, l'allocation d'une indemnité en cas de non-lieu ou d'acquittement. La loi du 26 octobre 1893 adopte pour l'*Islande* une semblable disposition. En *Belgique*, le condamné reconnu innocent peut recevoir du gouvernement une indemnité à titre de don gratuit; mais l'autorité judiciaire n'en fixe même pas le montant. Enfin, le projet du Code pénal *Allemand* admet pour les acquittés et prévenus innocents une compensation pécuniaire. — Annuaire de législation étrangère, t. XVI, p. 591. — *Id.*, t. XXII, p. 328. — *Id.*, t. XXIII, p. 576. — *Revue pénitentiaire* et *Bulletin de la Société des prisons*, 1895, p. 673.

(1) *Journ. offic.*, avril 1892. Chambre, documents parlementaires.

nance ou l'arrêt de non-lieu aura été rendu, où l'acquittement aura été prononcé. »

M. Béranger, rapporteur de la loi de 1895, a critiqué le texte voté par la Chambre, qui limitait la réparation pécuniaire aux trois cas énoncés restrictivement : 1° aux prévenus et accusés acquittés, qu'ils aient été détenus préventivement ou non ; 2° aux inculpés qui, après avoir été soumis à la détention préventive, auraient bénéficié d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu. On ne voit pas très bien, en effet, la cause de cette distinction établie entre les inculpés condamnés et les inculpés renvoyés des fins de la poursuite par ordonnance de non-lieu. Pourquoi, pour prétendre à l'indemnité, les seconds doivent-ils avoir été détenus et non les premiers ? Tous ont souffert moralement et pécuniairement de la poursuite. Pourquoi alors les distinguer ?

Une fois le Sénat saisi de la proposition adoptée par la Chambre, le gouvernement fut effrayé par les difficultés qu'il croyait entrevoir lors de son application et invita le Conseil d'État à formuler son avis. Cette haute juridiction, sur un rapport de M. Jacquin, rédigea un contre-projet dans lequel on refusait d'accorder des dommages-intérêts aux individus poursuivis et ensuite acquittés ou renvoyés des fins de la poursuite par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu. Ce contre-projet fut déposé au Sénat par M. Ricard, garde des sceaux, le 28 juin 1892 (1).

La commission sénatoriale, à l'étude du projet,

(1) *Journ. off.*, 17 décembre 1892. Annexes. Sénat, p. 383.

émit une proposition additionnelle (art. 447), qui n'accordait d'action en indemnité à l'inculpé acquitté ou renvoyé des fins de la poursuite, que lorsqu'il avait été soumis à la détention préventive ; le montant de cette indemnité était, en outre, fixé par le préjudice matériel seul. Malgré l'avis de sa commission, le Sénat donna gain de cause au gouvernement en votant la seconde partie du projet du Conseil d'État, « réservant, au dire de son rapporteur M. Pourquery de Boisserin, au législateur d'un avenir prochain le soin de satisfaire aux réclamations nouvelles de l'équité sociale » (1). La Chambre des députés ratifia la décision du Sénat, et ainsi fut votée la loi du 8 juin 1895 sur la revision des procès criminels et correctionnels, accordant des dommages et intérêts à la charge de l'État au profit des victimes d'erreurs judiciaires dont l'innocence est reconnue à la suite d'une procédure de revision, mais dans ce cas seulement.

176. Une des causes pour lesquelles la réparation à accorder aux inculpés a tant de peine à pénétrer dans notre législation, consiste dans le désaccord qui existe entre les opinions au sujet du fondement rationnel et juridique du principe de la réparation sociale.

Plusieurs systèmes sont en présence. Pour les uns, l'erreur judiciaire ou la poursuite crée, au profit de celui qui en est victime, une véritable dette de l'État, une obligation dans le sens juridique du mot et pour l'exécution de laquelle l'innocent doit avoir une action comme tout créancier en a une envers son

(1) *Journ. off.*, Rapport de M. Pourquery de Boisserin du 21 juin 1894.

débiteur. Pour les autres, au contraire, elle donne simplement naissance à un devoir moral d'assistance et de solidarité sociale.

Les partisans du premier système se basent sur le principe contenu dans l'article 1382 du Code civil, d'après lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Bien que cet article n'ait été écrit que pour les rapports des particuliers entre eux, les défenseurs de cette théorie prétendent qu'il n'est que l'expression d'un grand principe général d'équité auquel l'État ne peut échapper dans ses rapports avec les individus. La société est responsable de la *faute sociale* commise soit par ses représentants investis du pouvoir judiciaire dans l'exercice de leurs fonctions, soit par le législateur lui-même qui, par l'organisation vicieuse des lois criminelles, expose les citoyens à être victimes d'une erreur.

L'admission d'un tel système entraîne les conséquences suivantes : La réparation pécuniaire est due dans tous les cas où il y a préjudice, sans tenir compte de la fortune de la victime de l'erreur judiciaire (l'indemnité étant égale au préjudice causé), et le pouvoir judiciaire sera seul compétent pour allouer les dommages-intérêts dont il devra fixer le montant. L'innocent sera chargé de démontrer la faute sociale. En plus des inconvénients de cette théorie, il est possible d'objecter qu'il paraît inadmissible de transporter l'application de l'article 1382 du Code civil dans le droit public pour régir les rapports des citoyens avec l'État.

Avec le second système, la réparation sociale est présentée comme un simple devoir moral d'assistance qui pousserait la société à réparer le mal causé par une détention imméritée. Cette opinion invoque l'irresponsabilité de l'État en matière d'actes souverains, car c'est en effet une règle de notre droit public qu'aucun recours contentieux ne peut exister contre les actes législatifs et les actes de gouvernement. Plus la fonction de l'État est élevée, plus sa responsabilité est restreinte. « Sa responsabilité est nulle, dit M. Laferrière, quand sa fonction confine à la souveraineté. » (1) Or, l'exercice du pouvoir judiciaire étant une des fonctions souveraines de la puissance publique, cette dernière ne saurait encourir de ce chef aucune responsabilité.

L'adoption d'une semblable théorie conduit à admettre que l'État, faisant œuvre de charité, aurait le droit de la refuser totalement ou en partie et, qu'en tous cas, ce serait à l'administration d'en fixer, à son gré, le quantum.

On peut répondre à ce système que le principe de l'irresponsabilité de l'État, « la citadelle de l'arbitraire administratif » (2), est loin d'être justifié au point de vue législatif et rationnel, et que son application n'est pas aussi absolue qu'on semble bien le dire. C'est ainsi que l'État agit incontestablement en vertu de sa puissance souveraine en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, et cependant

(1) V. *Revue pénitentiaire* et *Bull. de la Soc. des prisons*, 1895 et 1896, et voir le rapport de M. Jacquin au Conseil d'Etat. — V. *Journ. off.* du 17 décembre 1892, Annexes Sénat, p. 383.

(2) Bérenger, *Revue pénitentiaire* et *Bull. de la Soc. des pris.*, 1895.

il indemnise l'exproprié des dommages qui lui ont été causés par l'exécution des travaux et dont le montant a été fixé par voie de juridiction contentieuse.

De même, il ne faudrait pas croire que ce principe soit appliqué sans distinction à tous les actes législatifs et gouvernementaux. Si l'acte souverain est impersonnel, c'est-à-dire s'il possède le caractère d'une mesure générale visant tous les individus qui se trouvent dans un cas déterminé, il ne saurait être question de responsabilité. Mais si, au contraire, c'est à un individu déterminé que l'État s'en prend, il y a lieu à responsabilité de sa part. Or, c'est bien à une personne déterminée que s'en prend la justice, et l'on ne conçoit pas que l'État puisse se soustraire à la réparation que l'équité impose. « Il serait assez rationnel, dit M. Le Poitevin, que toute atteinte, même nécessaire et légitime à un droit, fut toujours compensée lorsqu'elle porte sur un individu déterminé. Autrement, il est à craindre que l'intérêt collectif ne devienne oppressif pour le droit individuel. » (1)

Aussi, aucun de ces deux systèmes ne semble résoudre la question d'une façon satisfaisante. Si l'on ne peut partager l'opinion qui trouve le fondement de la réparation dans une obligation positive résultant d'une faute sociale, il paraît encore plus difficile d'admettre la solution du second système qui soutient que la source de l'indemnité prend naissance dans un devoir moral d'assistance et qui fait de la réparation une aumône.

(1) Le Poitevin, *Revue pénit.* et *Bull. de la Soc. des pris.*, 1895.

Il faut donc rechercher le fondement de cette obligation dans un troisième système, intermédiaire en quelque sorte entre les deux précédents, et qui reconnaît que l'individu a un droit véritable, même en l'absence de faute, à être indemnisé de tous les sacrifices qu'on lui a imposés dans un intérêt général (1). C'est la théorie du risque professionnel qui présente l'erreur judiciaire comme un accident inséparable du fonctionnement de la justice. Si, par suite d'une erreur, un homme a été privé de sa liberté, il devient une victime de la collectivité qui lui en doit réparation. « Lorsque cette grande machine qui s'appelle l'État, dit M. Larnaude, cent fois plus dangereuse que les machines de l'industrie, a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionnait en causant ce préjudice, viennent le réparer. » (2) Dans toute société, les charges doivent être également réparties, et lorsqu'un innocent a été incarcéré, même sans qu'il y ait faute sociale, lorsqu'il a été frappé dans sa liberté individuelle et qu'au nom de l'intérêt général de la répression, sauvegarde de la sécurité sociale, il a supporté plus que sa part des charges sociales, et de même qu'en matière d'expropriation, quand on l'a dépouillé de son immeuble au bénéfice de tous, la société ne peut lui refuser une indemnité à laquelle il a droit. C'est une obligation naturelle qu'une loi positive devrait sanctionner.

Ses conséquences seraient les suivantes : La mesure

(1) V. Edmond Séligman, *Revue politique et parlementaire*, juillet 1895, p. 91.

(2) Larnaude, *Revue pénitentiaire* et *Bull. de la Soc. Gén. des prisons*, janvier 1896, p. 9 et suiv.

de la réparation sociale serait confiée aux tribunaux, puisque le principe de l'indemnité due pour le dommage causé serait consacré par une loi et que la question à trancher serait alors une question contentieuse. Le préjudice moral et matériel devrait être réparé, sans qu'il y ait à rechercher ou à démontrer qu'il y a faute de l'État. Mais, comme ce dernier ne doit la réparation que du préjudice direct causé par l'exercice de la fonction judiciaire, il s'ensuit que les tribunaux pourraient refuser partiellement ou complètement l'indemnité s'ils reconnaissaient une faute grave ou une manœuvre dolosive de la part de l'individu injustement poursuivi (1).

177. Non seulement le désaccord qui existe entre les opinions au sujet du fondement rationnel et juridique du principe de la réparation sociale est une des causes pour laquelle la réforme n'a pas abouti, mais le législateur français a encore été effrayé par les objections qui lui ont été faites ; aussi cherchons donc quels sont les puissants motifs qui l'ont décidé

(1) Le législateur français, lors de la discussion de la loi du 8 juin 1895, s'est demandé à quel système il donnerait la préférence et « la théorie du risque professionnel a dominé toute la discussion de la proposition de loi votée par la Chambre des députés. Dès la première délibération (9 février 1894), le Sénat se prononça nettement contre la théorie du Conseil d'état et du projet du gouvernement qui présentaient l'indemnité comme l'exécution d'un devoir d'assistance. A la deuxième délibération (2 mars 1894), le garde des sceaux essaya d'une ruse pour amener le Sénat à se déjuger. Il feignit de croire qu'à raison du mot *pourra*, le texte voté par le Sénat avait le même sens et la même portée que celui du projet et, dans tout son discours, il opposait l'indemnité *facultative, ne dérivant d'aucune obligation juridique de l'Etat*, à l'indemnité *obligatoire, dette de l'Etat*. Mais il fut vite remis au point par l'intervention énergique de MM. Bérenger, Trarieux et Bernard, qui le forcèrent à convenir que « le texte voté doit être compris et expliqué comme l'article 1382 du Code civil. » — Note de M. Laborde, *op. cit.*, p. 779.

à repousser une mesure que la conscience réclame.

Quand un procès en revision vient démontrer l'innocence d'un condamné, on se trouve en présence d'un fait nettement défini, indéniable ; mais la situation n'est pas toujours aussi nette quand il s'agit d'ordonnance de non-lieu ou d'acquittement. Les ordonnances de non-lieu, en effet, ne statuent « qu'en l'état actuel des preuves », et le juge d'instruction n'a pas à donner les motifs qui lui font prendre cette décision, parce que, le plus souvent, elle ne repose que sur l'absence de preuves suffisantes contre l'inculpé ou sur la difficulté qu'il éprouve à déterminer le délit incriminé. Et de même, certains acquittements en cour d'assises, par exemple, ne sont pas motivés. Seuls, les arrêts de non-lieu et les acquittements en matière correctionnelle sont appuyés de motifs, sans pour cela démontrer l'innocence de l'individu renvoyé des fins de la poursuite. Ce dernier ne peut donc les invoquer pour intenter une action en dommages et intérêts à l'État. Comment distinguera-t on alors entre les inculpés qui auront droit à une indemnité et ceux qui en seront exclus ?

Pour résoudre cette difficulté, il faudra tout simplement admettre que le demandeur en indemnité sera obligé de faire la preuve de son innocence, selon la règle de droit commun : « *actori incombit probatio* ». Si le non-lieu ou l'acquittement ne sont pas suffisamment probants, ce sera à lui de chercher ailleurs le moyen de faire valoir ses droits (1).

(1) Au cours de la discussion à la Chambre du projet de 1892, M. Bovier-Lapierre déposa l'amendement suivant : « Le prévenu et l'accusé..... pourront obtenir une réparation pécuniaire de l'État, dans le cas d'in-

Mais, objecte-t-on, — et cette objection a surtout contribué au rejet du projet de loi, — en accordant une indemnité aux détenus reconnus innocents, c'est créer pour l'avenir deux catégories d'individus renvoyés des fins de la poursuite. Ceux qui auront obtenu des dommages-intérêts seront pleinement réhabilités ; mais ceux qui, faute de faire la preuve de leur innocence, resteront sous le coup du soupçon, ne trouveront dans cette distinction qu'une aggravation de leur sort pour le bénéfice de quelques-uns. Ce résultat est injuste et ne serait-il pas préférable « de laisser planer sur tous, dans l'opinion publique comme dans la sentence du juge, une incertitude uniforme qui sauve les prévenus de la peine et jette une ombre sur leur réputation, mais ne l'entame pas sans retour ? » (1)

Certainement le résultat indiqué est fâcheux pour quelques-uns. Toutefois l'objection est-elle suffisante pour sacrifier inversement les victimes d'une erreur judiciaire reconnues manifestement innocentes, à d'anciens inculpés dont l'innocence, au contraire, est des plus contestables, puisqu'elle est contestée ? Dans l'ordonnance de 1670, on trouvait déjà deux sortes de sentences d'absolution : la *mise hors cours*

nocence déclarée par le jugement ou l'arrêt correctionnel ou par la réponse du jury sur la question qui lui sera toujours posée par le président des assises, dans les conditions et en la forme prescrite par les articles 340, 345, 347, relatifs aux circonstances atténuantes. »—Pour éviter que chaque acquittement ou non-lieu ne soit suivi d'une demande en dommages-intérêts, M. Oudin demande que la déclaration d'innocence ait lieu d'office (*Des devoirs de l'État envers les innocents poursuivis ou condamnés*, p. 39.)

(1) V. *Revue pénitentiaire. Bull. de la Soc. des pris.*, rapport de M. Le Poitevin, année 1895.

et le *congé*. La première, en relaxant l'accusé, sous-entendait que l'accusation n'était pas dépourvue de tout fondement et lui refusait tous dommages-intérêts de la part de la partie civile ; le *congé* ou *décharge de l'accusation* attestait, au contraire, son innocence et condamnait le plus souvent la partie civile à une réparation. En fait, il existe actuellement encore plusieurs catégories d'acquittés. Les uns obtiennent de leur calomniateur ou de la partie civile des dommages-intérêts refusés aux autres (art. 358 et 359 Code inst. crim.). Certains sortent acquittés des tribunaux correctionnels, mais à jamais flétris par les considérants sévères auxquels d'autres échappent. Et de même, les ordonnances de non-lieu peuvent contenir des motifs différents, suivant que l'innocence a éclaté au grand jour ou que, simplement, la preuve de la culpabilité n'a pu être faite. Il existe donc, en fait, deux catégories d'individus renvoyés des fins de la poursuite, et les choses sont bien ainsi. Toute poursuite laissant planer un doute dans l'opinion publique sur l'honorabilité de celui qui en est l'objet, qu'on ne craigne donc pas de consacrer, par toutes sortes de mesures, le droit à la considération générale de celui dont l'innocence est évidente (1).

Admettre la possibilité d'un dédommagement pécuniaire, ajoute-t-on encore, c'est encombrer les tribunaux d'une foule de demandes plus ou moins fondées et grever d'une nouvelle dette, au montant

(1) V. le discours de M. Nicolas au congrès des Sociétés savantes en 1888, et voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, annee 1888, p, 553.

inconnu, les finances de l'État, déjà si embarrassées. Accorder une indemnité aux huit mille ordonnances de non-lieu qui sont décernées par an, sans compter les sentences d'acquittement, c'est augmenter de plusieurs millions les charges écrasantes de notre budget.

Sans faire remarquer que cette double objection n'a rien de juridique et pourrait être par conséquent écartée *de plano*, nous répondrons qu'elle ne paraît pas péremptoire. Il n'est pas question d'accorder une indemnité aux huit mille bénéficiaires d'ordonnances de non-lieu, sans compter les acquittés ; il serait, au contraire, à souhaiter que les tribunaux n'indemnisent les demandeurs qu'avec difficulté, de façon à éviter que la demande ne soit intentée à la légère ; et dans tous les cas, il est impossible d'interdire l'accès des tribunaux, afin d'obtenir une juste réparation, sous prétexte que les demandeurs sont trop nombreux. Quant à l'objection tirée de la question financière, il faut lui faire la réponse qu'elle comporte. La réforme ne serait pas cause de dépenses aussi considérables qu'on veut bien le dire. La crainte d'être condamné aux frais de l'instance paralysera bien souvent les demandeurs peu sûrs de leur bon droit. Avant tout, un grand nombre d'entre eux rechercheront le silence et l'oubli et voudront éviter d'attirer à nouveau l'attention publique, en redonnant naissance à une affaire en somme terminée presque à leur avantage. Après cette élimination, combien d'acquittés, sur le reste, seront reconnus innocents et exempts de tout reproche ? Au point de vue budgétaire, il ne faut pas non plus exa-

gérer l'importance des charges nouvelles imposées au Trésor. L'État aurait un recours contre la partie civile, le dénonciateur, le faux témoin, lorsqu'ils seraient cause par leur fait de l'injustice commise et même contre le magistrat chargé de la poursuite ou de l'instruction à qui une faute lourde deviendrait imputable. Imitant l'exemple du Mexique, le législateur français pourrait créer une caisse d'assurance sociale formée par le produit des amendes et par une légère retenue opérée sur le salaire alloué aux prisonniers pour leur travail. Le reliquat payé par l'État ne serait donc plus très important, et ce serait alors le cas de faire remarquer aux défenseurs du budget que si cette dépense augmente quelque peu ses charges, tous les jours on emploie des sommes bien plus considérables à des opérations qui sont très loin de présenter une aussi grande utilité. N'a-t-on pas dit : « Qu'importe la question d'argent, si c'est une question de justice ! » Et la société, de même qu'un simple particulier, ne peut se dispenser de payer ses dettes pour ce simple motif qu'il est gênant de les acquitter.

178. En résumé, nous admettrons qu'en l'état actuel de la législation française, avec le principe admis de l'imputation de la détention préventive, rien ne s'oppose à compléter la réforme commencée et à étendre, sous certaines conditions, le bénéfice d'une indemnité à ceux qu'une décision de non-lieu ou d'acquittement a relaxés des poursuites. Le législateur du 15 novembre 1892 a justement amélioré la situation des coupables ; pourquoi se montrerait-il moins bienveillant à l'égard des innocents ?

CHAPITRE V

RÉFORMES DONT LA LÉGISLATION ACTUELLE PARAIT SUSCEPTIBLE

179. Le Code d'instruction criminelle est une œuvre composite et de transition ; le débat et les jugements puisent leurs règles dans les lois de la Révolution, tandis que l'instruction préparatoire emprunte son rigorisme à l'ordonnance de 1670.

Or, pour mettre cette partie de notre procédure criminelle à la hauteur des conceptions modernes, il faut s'efforcer d'introduire, dans cette partie la plus archaïque du Code, les mesures véritablement libérales qui n'ont pu y pénétrer avec les idées de 1808. Au cours de cette étude, on a pu constater qu'un mouvement continu et de plus en plus accentué tendait chaque jour vers une défense plus complète de la liberté individuelle et que cette belle émulation portait déjà ses fruits.

Le législateur français, en effet, après de longues hésitations, semble avoir le désir, depuis quelques années, de pénétrer plus avant dans la voie des réformes susceptibles de garantir l'individu contre les abus de l'autorité. S'il est indéniable que les progrès sont lents, il faut s'armer de patience et de persévérance

en songeant qu'on ne transforme pas en un jour une pratique judiciaire enracinée depuis cinq siècles dans un pays où l'on a à combattre un esprit de routine particulièrement difficile à déraciner.

Dans notre Code d'instruction criminelle, « la chose qui frappe le plus, disait en 1818 M. Bérenger, c'est le peu d'égards que le législateur y montre pour la liberté des citoyens. La loi a tout fait pour organiser le despotisme judiciaire. Rien ne peut garantir les citoyens contre ses funestes effets. » A l'encontre de l'opinion de l'éminent jurisconsulte, on est pourtant autorisé à concevoir des réformes susceptibles d'annihiler les effets désastreux de notre procédure criminelle. La réforme est possible si le législateur de l'avenir s'efforce de diminuer son rigorisme, de limiter aux plus strictes nécessités ses moyens d'action contre la liberté individuelle et de concilier l'intérêt général de la société qui accuse avec l'intérêt personnel de l'homme qui se défend.

Depuis plusieurs années, la plupart des législations étrangères ont revisé en ce sens libéral leurs lois criminelles et les ont mises en rapport avec l'état des mœurs et de la civilisation modernes. A l'encontre, notre procédure pénale n'a été l'objet que de timides et partiels remaniements ; de telle sorte que le Code français, modèle, au début du siècle, de la plupart des législations européennes, se trouvait être, à la fin, l'un des plus arriérés (1).

(1) *En Angleterre,* le droit d'arrestation appartient aux juges de paix ou de police. Ces magistrats décernent des mandats appelés *warrants*, qui correspondent à nos mandats d'amener. Les lois ne règlent nullement les cas où un accusé peut être arrêté. Elles s'en remettent sur ce point à l'appréciation discrétionnaire du juge. Il suffit, pour que

Cette cruelle constatation fut faite dans l'exposé des motifs du projet de réforme du Code d'instruction criminelle présenté au Sénat le 27 novembre 1879 : « On a comparé les dispositions du Code de 1808 avec celles qui, chez la plupart de nos voisins, régissent la procédure préparatoire, et l'on s'est aperçu qu'après avoir imprimé, vers le début de ce siècle, à toutes les lois de l'Europe une direction libérale qui sera l'éternel honneur de la Révolution française, nous nous étions laissé peu à peu dépasser par les progrès successifs des législations étrangères, et que notre Code ne répondait plus aux principes admis et formulés par les criminalistes les plus

l'arrestation d'une personne soit ordonnée, que le juge ait pu voir par lui-même qu'elle commettait soit un acte de haute trahison, soit tout autre crime capital *(felony)* ou de nature à compromettre la paix publique, ou qu'il soit affirmé par serment devant lui qu'elle a commis un crime de ce genre ou qu'il y a de grandes présomptions qu'elle va le commettre. S'il s'agit de délits proprement dits *(misdemeanours)*, le juge ne doit, en principe, délivrer aucun ordre d'arrestation ; il le peut toutefois s'il appert des circonstances à sa connaissance que l'accusé ne se présentera pas ; il le doit si, sur la simple citation, l'accusé ne comparaît pas en justice.

La liberté *sous caution* est de droit, sauf exceptions qui comprennent les crimes et les délits les plus graves. L'acte d'*Habeas corpus* autorise tout individu arrêté d'une manière illégale ou injustement retenu en prison de recourir à l'une des cours supérieures de justice du royaume pour obtenir son renvoi devant elle à l'effet d'y faire valoir ses droits. La loi anglaise donne, en outre, à tout juge, dans le ressort de sa juridiction, le droit d'admettre à fournir caution l'individu arrêté ; de plus, les juges délégués pour présider les sessions périodiques d'assises ont aussi le droit de mettre en liberté ou d'admettre à fournir caution les personnes arrêtées sans motif légitime et détenues dans une prison qui ressort de leur juridiction. (V. l'étude de M. Lucien Guérin sur la procédure criminelle en Angleterre et en Ecosse, dans le *Bulletin de la Législation comparée*, 1890, p. 13.)

Le Code de procédure pénale *hollandais* du 15 janvier 1886, exige le flagrant délit pour l'arrestation du prévenu : « une dénonciation n'étant pas suffisante pour faire emprisonner un bourgeois hollandais domicilié » (art. 43 et 77).

Le Code de procédure *allemand* du 1er février 1877 dispose (art. 12)

sages et les plus éclairés de l'Europe contemporaine. » (1).

180. Sans doute, quelques réformes sont intervenues, réalisant des améliorations de détails. C'est ainsi que les lois du 4 avril 1855 et du 14 juillet 1865 ont modifié heureusement, comme nous l'avons vu, l'article 94 du Code d'instruction criminelle. Il ne faut pas non plus oublier de rappeler une autre loi un peu antérieure, celle du 20 mai 1863, qui réduisit l'instruction préparatoire pour les délits correctionnels flagrants à deux actes : un interrogatoire obligatoire et un mandat de dépôt facultatif, accomplis tous les deux par le ministère public ; elle abrégea en outre le délai de la comparution à l'audience.

Mais la garantie la plus sérieuse qui ait été donnée à la liberté individuelle ne date que de ces dernières années. La loi du 8 décembre 1897, dirigée, il faut l'avouer, car les travaux préparatoires en font foi, surtout contre les juges d'instruction et les abus de la

que « la personne mise en état d'accusation ne peut être soumise à la détention préventive que lorsqu'il existe contre elle des présomptions graves et lorsqu'elle est en même temps soupçonnée de vouloir prendre la fuite, ou lorsqu'il existe des faits d'où l'on peut conclure qu'elle fera disparaître les traces de l'acte coupable, qu'elle déterminera des complices à faire de fausses déclarations ou des témoins à faire de faux témoignages ou à se soustraire à l'obligation de témoigner ».

En *Belgique*, depuis la loi du 20 avril 1874 sur la détention préventive, le juge d'instruction ne peut décerner un mandat d'arrêt que lorsque le fait est de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel de 3 mois ou une peine plus grave ; et même, si l'inculpé a sa résidence en Belgique, ce mandat ne peut être décerné que dans des circonstances graves et exceptionnelles, lorsque cette mesure est réclamée dans l'intérêt public. De plus, le mandat d'arrêt n'est pas maintenu si, dans les 5 jours de l'interrogatoire, il n'est pas confirmé par la chambre du conseil (V. *Revue pénitentiaire*. Bulletin de la Société des prisons, années 1901 et 1902, p. 900).

(1) Exposé des motifs. *Journal officiel*, 14 janvier 1880, p. 301, 3me colonne.

prison préventive, a profondément modifié le caractère inquisitorial de notre procédure en autorisant l'assistance de l'avocat aux interrogatoires et confrontations. Cette loi, qui organise un contrôle presque immédiat des actes de la procédure en prescrivant la communication du dossier à l'avocat la veille des interrogatoires, permet, en règle générale, les entretiens de l'inculpé avec son défenseur dès le début de l'instruction et favorise ainsi la défense, en même temps qu'elle introduit dans la théorie des preuves le principe moderne de la *preuve indépendante,* principe qui n'est qu'une conséquence du respect que la société doit à l'individu qu'elle poursuit (1). N'est-ce pas, en effet, violenter la conscience et tourner l'instruction contre les personnes les plus dignes d'intérêt, celles auxquelles répugne le mensonge, que de chercher, comme autrefois par la torture, comme aujourd'hui par la ruse et les embûches de l'interrogatoire, à obtenir un aveu ? Le droit pénal, ne tenant compte pour le réprimer que du fait extérieur, ne doit-il pas avoir aussi une preuve extérieure prise exclusivement dans le corps du délit ou dans le témoignage ? L'interrogatoire peut être conservé, mais à la condition qu'on n'y procède que sur la demande expresse de l'inculpé et que ce soit un interrogatoire de pure audition.

Sans doute, de la loi de 1897 il résulte bien des lenteurs de sa réglementation étroite, et les garanties de l'inculpé, grâce aux délais et aux formalités qu'elles entraînent, augmentent notablement la durée des

(1) Harris, *Principes of the Criminal law.* — M. Laborde à son cours, p. 359, 419.

incarcérations et se retournent ainsi contre celui qu'elles ont pour but de protéger. Mais si la réforme est imparfaite, il faut reconnaître qu'il y a déjà progrès. D'ailleurs, le mouvement commencé par cette loi et attendu depuis si longtemps, ne doit être considéré que comme un premier pas dans la voie des réformes de notre Code d'instruction criminelle.

181. Une des modifications les plus importantes que la loi de 1897 ait apportées dans notre législation, consiste, nous l'avons vu, à autoriser l'inculpé à se pourvoir d'un conseil qui, sauf le cas de flagrant délit, devra assister aux interrogatoires et confrontations, prendra connaissance de la procédure suivie et pourra librement communiquer avec son client.

Or, en autorisant la présence d'un avocat dans la procédure secrète de l'instruction, cette loi n'admet que la contradiction et non la publicité entière du débat comme la législation anglaise, qui a organisé des audiences d'instruction semblables aux audiences de jugement. Mais, y a-t-il lieu de regretter qu'en France la réforme n'ait pas été poussée jusque là ?

A ne considérer que la différence des mœurs judiciaires et politiques et la tournure d'esprit qui caractérisent les deux pays, il apparaît que ce système,qui donne de bons résultats chez nos voisins s'adapterait mal au tempérament français. Toute la procédure d'instruction se passe au grand jour en Angleterre, où l'on redoute moins que chez nous que la publicité de l'audience n'informe l'inculpé ou ses complices de l'état d'accusation. La police anglaise jouit d'une initiative beaucoup plus grande que la nôtre. N'ayant recours à aucune autorisation de magistrat pour

poursuivre les traces d'un crime et procéder à l'arrestation, ses recherches sont beaucoup plus rapides. Et cependant, les abus qui ne manqueraient pas d'exister chez nous avec un pareil système ne se révèlent pas en Angleterre, où les agents de police sont responsables, obligés de subir l'interrogatoire de l'accusé ou de son avocat, doivent rendre compte de l'acte, même exécuté sur l'ordre d'un supérieur, et sont passibles de dommages-intérêts envers la partie qu'ils ont lésée. Si les mœurs judiciaires diffèrent entre les deux pays, l'esprit du public, complètement opposé, ne permettrait pas d'acclimater dans notre pays une réforme aussi considérable. En France, la population a la tournure d'esprit enjouée et sceptique, est toujours prête à ridiculiser les agents, tandis que le peuple anglais, flegmatique et pratique, tient les fonctions de police en honneur, et les particuliers, en offrant aux agents un concours puissant, se font même un devoir de les aider dans leurs recherches. L'absence du ministère public a développé l'initiative individuelle ; l'action combinée des particuliers : accusateurs, parents ou amis de la victime, qui se renseignent plus facilement que ne pourraient le faire le juge d'instruction et le ministère public à cause des formalités de la procédure, assure la rapidité et la sûreté des recherches. Seulement, si un tel système s'adapte fort bien aux mœurs de l'Angleterre, en France, il aboutirait « à organiser légalement, suivant l'expression de M. l'avocat général Jacomy, l'impunité des criminels » (1).

(1) Discours prononcé à la séance de rentrée de la Cour d'appel de Paris en 1895. — V. Bertrand, *De la détention préventive en Angleterre et en France.*

182. Dans le but d'éviter le plus possible aux inculpés la marque infamante qu'entraîne toujours après elle la détention préventive, si courte soit-elle, une proposition de loi très libérale, dont la Chambre des députés a voté l'urgence, a été présentée par MM. Georges Berry et Pourquery de Boisserin, modifiant l'article 113 du Code d'instruction criminelle, qui vise la liberté provisoire de droit.

Ces auteurs demandaient une prompte modification, dans un sens plus conforme à la justice, des dispositions trop rigoureuses de l'article 113 § 2 et d'une application si rare en pratique. D'après ce projet de loi, l'article 113 serait ainsi modifié : « En matière correctionnelle, la liberté provisoire est toujours de droit en faveur du prévenu quand il n'est pas récidiviste. »

« En effet, dit M. Georges Berry, pourquoi, en matière correctionnelle, n'accorder la liberté provisoire qu'à ceux qui ne peuvent pas être condamnés à plus de deux ans de prison, alors que les délits rentrant dans cette catégorie sont en minorité dans le Code ? et surtout, pourquoi toujours tenir au moins cinq jours sous les verrous le délinquant, en le frappant ainsi d'une tare aussi grave que s'il avait subi plusieurs mois de prison ?... » (1).

La pensée de MM. G. Berry et Pourquery de Boisserin est très libérale, mais, prise telle quelle, l'on peut craindre qu'elle ne soit pas sans dangers. Il est difficile, par conséquent, de l'admettre sans prendre vis-à-vis de l'inculpé un certain nombre de pré-

(1) *Lois nouvelles*, février 1897.

cautions et sans exiger, tout au moins, la condition du domicile. Les gens sans aveu, non domiciliés, ne laissant derrière eux aucun intérêt, chercheront à fuir au plus vite le théâtre de leurs méfaits pour échapper au châtiment en changeant de contrée. Au contraire, le citoyen, domicilié au lieu où l'instruction se déroule n'abandonnera pas avec la même facilité sa famille et ses travaux ; le juge est presque certain de l'avoir sous la main et de l'y maintenir à son gré.

Il paraît, en outre, inadmissible d'accorder impunément la liberté provisoire de droit dans tous les cas en matière de délit, car la détention préventive, on l'a vu, a pour but, non seulement de s'assurer de l'auteur du délit, mais aussi de faire aboutir l'instruction. Or, dans certains cas, l'inculpé, laissé en liberté, peut l'enrayer complètement en faisant disparaître les indices et les preuves de sa culpabilité, combiner sa défense avec ses complices et intimider les témoins. N'importe-t-il pas, par exemple, de mettre au plus vite le voleur de titres ou de numéraire dans l'impossibilité de faire disparaître les pièces ou de les mettre en sûreté ? La mesure est trop absolue pour être pratique.

Mais, cette réserve faite, il serait peut-être possible de s'inspirer des dispositions de l'article 213 du Code de procédure criminelle italien, réformé par une loi de 1876, pour étendre la détention préventive à un plus grand nombre de cas. Cet article est ainsi conçu : « En accordant la liberté provisoire, la Chambre du conseil, la Chambre d'accusation, le tribunal ou la Cour pourront, si les circonstances

l'exigent, ordonner que l'inculpé se tienne éloigné d'un lieu déterminé ou qu'il habite dans une commune désignée, dans la juridiction du tribunal, soit où se fait, soit où s'est faite l'information ; ou, si celle-ci est évoquée par la Chambre d'accusation, dans le ressort de la Cour d'appel, sous peine de son arrestation ou du paiement de la caution présentée. L'inculpé pourra changer le lieu qui lui est fixé pour habiter, en obtenant la permission de l'autorité qui prononce l'ordonnance d'admission à la liberté provisoire. Celle-ci pourra dans les cas les plus graves, sous les mêmes peines en cas d'inexécution, enjoindre à l'inculpé de s'obliger, par acte au greffe, de ne pas sortir de la commune dans laquelle siège le tribunal qui procède à l'information et de se présenter chaque jour au Palais de justice ou à l'autorité désignée. »

Il paraît impossible, d'autre part, de supprimer entièrement le délai de cinq jours, à partir duquel la liberté est seulement de droit, car ce laps de temps est nécessaire pour l'information. Toutefois, avec la grande facilité des moyens actuels d'instruction, on pourrait peut-être souhaiter de le voir réduire à trois jours, comme en Belgique ; du reste, M. Georges Berry, dans l'exposé des motifs de son projet de loi, semble oublier que si, avant l'expiration des cinq jours, tous les renseignements nécessaires et favorables à l'inculpé sont réunis, le magistrat instructeur devra le remettre aussitôt en liberté, parce que « en agissant autrement, il manquerait à son devoir, il méconnaîtrait un droit » (1).

(1) *Moniteur* du 30 mai 1865, p. 697, 3e colonne.

183. S'inspirant de ces observations, M. de Ramel présentait, le 8 décembre 1898, une proposition de loi ayant pour objet les garanties de la liberté individuelle. Ce projet peut être examiné en trois parties.

I. — *Mesures tendant à restreindre les cas d'arrestation.* — La liberté est de droit en matière de délit, si l'inculpé justifie : 1° d'un domicile certain ; 2° de moyens d'existence ou de l'exercice habituel d'un métier ou d'une profession (art. 3). Cette règle est étendue, par l'article 9, aux individus arrêtés en cas de flagrant délit. Le juge d'instruction *sera tenu* de considérer comme établissant légalement ces deux conditions un certificat du maire du lieu de l'arrestation, constatant que l'inculpé demeure dans la commune, établissant sa situation et donnant son signalement. Toutes autres justifications pourront être tenues comme suffisantes pour le juge.

Sont exclus du bénéfice de l'article 3 :

1° Ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, c'est à-dire les vagabonds et gens sans aveu ;

2° Les prévenus déjà condamnés pour crime ou ayant subi deux condamnations correctionnelles à l'emprisonnement ;

3° L'étranger contre lequel on aurait pris un arrêté d'expulsion.

Le juge peut, comme condition de sa mise en liberté, obliger l'inculpé à fournir caution ou lui enjoindre par ordonnance spéciale de se présenter, comme dans la législation italienne, à tel jour et à

telle heure, devant le maire, le commandant de gendarmerie ou le commissaire de police qui, chaque fois, lui donnera acte de sa comparution. Il devra, en outre, se présenter à tous les actes de l'instruction, se trouver à toutes les audiences qui lui seront consacrées et se rendre pour exécuter le jugement lorsqu'il en sera requis.

Des pénalités viennent sanctionner l'observation de ces prescriptions et atteindraient l'inculpé laissé en liberté qui volontairement les omettrait. C'est ainsi qu'il pourrait être de nouveau arrêté sans pouvoir une seconde fois invoquer le bénéfice de l'article 3 ; qu'il verrait sa peine doublée en cas de condamnation et qu'il serait déchu du bénéfice (éventuel) de la loi du 26 mars 1891 ; qu'au cas où il ne se présenterait pas pour l'exécution de la peine, le délai de prescription serait doublé, et qu'enfin, en vertu de l'article 10, il sera aussitôt arrêté et détenu nonobstant appel quand la peine appliquée sera de plus de trois mois.

Le même article 10 déclare que « si le juge d'instruction croit devoir maintenir l'arrestation, il rendra *une ordonnance* qui sera notifiée dans les 24 heures à l'inculpé et à son avocat ».

« Dans les 24 heures, dit l'article 7, l'inculpé pourra se pourvoir devant le tribunal correctionnel contre l'ordonnance maintenant l'arrestation, soit par une déclaration devant le juge d'instruction, mentionnée au pied de ladite ordonnance, soit par une déclaration au greffe de la prison, consignée sur un registre spécial, avec indication du jour et de l'heure où elle aura été faite. Dans les deux heures

suivantes, le gardien-chef en informera le procureur de la République qui, dans les 24 heures au plus tard, en donnera avis à l'avocat de l'inculpé, avec indication du jour et de l'heure de l'audience. Le tribunal correctionnel statuera dans les 24 heures, en chambre du conseil, le prévenu et le ministère public entendus. »

» Dans les cinq jours, le prévenu pourra, dans la même forme, interjeter appel de cette décision ; l'appel sera jugé dans les 10 jours sur simple requête à la Chambre des mises en accusation. »

Une double sanction garantit ces prescriptions : d'abord une sanction pénale, celle de l'article 93 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 8 décembre 1897, et une action civile et directe en responsabilité contre les magistrats auteurs de la détention arbitraire.

II. — *Mesures tendant à réduire la durée de la détention.* — Article 12. « Lorsque l'inculpé est maintenu en état de détention préventive, le juge d'instruction doit, dans les 20 jours, rendre son ordonnance de règlement et le prévenu sera cité à comparaître au plus tard à huitaine devant le tribunal correctionnel. Toutefois, le juge pourra, si les nécessités de l'instruction l'exigent, demander à la Chambre du conseil, statuant en présence de l'inculpé assisté de son avocat, de proroger ce délai.

» Le nouveau délai n'excédera pas 20 jours et il pourra être renouvelé dans les mêmes formes et pour la même durée.

» En matière criminelle, les délais ci-dessus fixés

pour l'instruction seront doublés, et la Chambre des mises en accusation statuera sur la demande de prorogation dans les mêmes formes. »

III. — *Amélioration du régime de la détention préventive.* — Le projet ne vise qu'un point spécial. « Tout agent de la force publique qui, sauf le cas de légitime défense, aura volontairement porté des coups à un individu arrêté, ou l'aura brutalisé au moment de son arrestation, sera puni d'une amende de 50 à 500 francs et d'un emprisonnement de 3 mois à 1 an.

» Or, la même pénalité est applicable au supérieur qui aura autorisé, non réprimé, non dénoncé dans les 24 heures au procureur de la République ces violences, lorsqu'elles auront eu lieu en sa présence ou à sa connaissance.

» Tout acte d'inhumanité ayant pu mettre gravement en danger la santé ou la vie de la personne arrêtée, sera puni de la même peine. »

La dernière partie de la réforme proposée par M. de Ramel ne peut en principe rencontrer qu'une complète approbation. Il est vivement à désirer, en effet, de voir consacrer par une mesure législative la répression des excès et des brutalités dont un certain nombre d'agents font preuve, tant au moment de l'arrestation que dans les postes de police, et il y a même à regretter que le projet n'ait songé à réprimer les actes de ce genre que d'une peine sensiblement inférieure à celle dont l'article 311 punit les coups et blessures ordinaires.

Quant aux deux premières parties de la proposition de loi, tout en admirant le but excellent visé par

leur auteur, il ne nous paraît pas possible de souhaiter leur ratification par les Chambres sans d'importantes modifications.

On peut critiquer tout d'abord l'inconvénient qu'il y a de demander au maire, homme politique, les certificats qui feront accorder l'élargissement provisoire à leurs électeurs arrêtés. Mais surtout, il paraît difficile de poser comme un principe général de droit commun la règle de la liberté provisoire *de droit* dans *tous les cas* en matière de *délits graves*. On se heurte, en effet, à la même objection que celle qui s'élevait contre la proposition de M. Georges Berry, c'est-à-dire que si la prison préventive s'assure de la personne de l'inculpé, elle a encore pour but de rendre l'instruction possible en faisant obstacle à la destruction par l'inculpé des preuves de son méfait et en empêchant les influences extérieures d'exercer leur empire sur les hommes et les choses.

Sans doute, en certains cas nettement déterminés, la détention préventive sera conservée, M. de Ramel l'admet lorsque certaines déchéances frappent l'inculpé et autorisent le magistrat instructeur à faire, par une ordonnance susceptible d'appel, de l'inculpé un détenu. Mais il peut arriver fort souvent, — les cas pratiques variant à l'infini — qu'un inculpé remplisse toutes les conditions nécessaires pour avoir droit à la liberté provisoire, et que, d'autre part, les nécessités de l'information exigent sa détention préventive ; le juge se trouvera alors obligé de le relâcher pour satisfaire à la loi et renoncera par ce fait aux chances de voir aboutir son inculpation.

Si, au contraire, pendant l'information l'inculpé se

trouve dans un cas qui autorise son incarcération préalable, n'y a-t-il pas lieu de craindre que l'amoncellement des délais prescrits par le projet ne se retournent contre lui en prolongeant son instruction? « Dans les 24 heures, dit l'article 7, l'inculpé pourra se pourvoir devant le tribunal correctionnel contre l'ordonnance maintenant l'arrestation,..... dans les deux heures suivantes, le gardien-chef en informera le procureur de la République qui, dans les 24 heures au plus tard, en donnera avis à l'avocat de l'inculpé avec indication du jour et de l'heure de l'audience. Le tribunal correctionnel statuera dans les 48 heures en chambre du conseil, le prévenu et le ministère public entendus. Dans les cinq jours, le prévenu pourra dans la même forme interjeter appel de cette décision. L'appel sera jugé dans les dix jours sur simple requête à la chambre des mises en accusation. » A ce point de vue, la loi du 8 décembre 1897 peut nous servir de renseignement précieux en nous montrant que son formalisme a augmenté, dans un grand nombre de cas, la prolongation de la détention préventive.

Cette objection est d'autant plus à considérer que l'article 12 du projet fixe des délais dans lesquels le juge devra faire aboutir son instruction. Le magistrat instructeur règlera sa procédure dans un temps limité dont la durée ne pourra pas excéder 20 jours en cas de délit, 40 jours en cas de crime, sauf à la chambre du conseil à prolonger ces délais.

Sans parler de la distinction plus ou moins factice créée par la différence du délai selon que l'acte incriminé constitue un délit ou un crime (certains

délits pouvant être beaucoup plus longs à instruire que certains crimes), il y a tout lieu de craindre, le renouvellement du délai étant possible, que les chambres du conseil, rétablies par le projet, ne se trouvent gênées par les délais trop courts pendant lesquels elles devront statuer, contrôler, compléter les seuls renseignements fournis par le juge d'instruction, et ne considèrent ce renouvellement comme une simple formalité.

Elles confirmeront alors chaque fois les conclusions du juge, et cette pratique est d'autant plus probable que, tous les jours, les tribunaux nous montrent la façon sommaire avec laquelle ils confirment purement et simplement les mandats de dépôt décernés par le procureur de la République en vertu de la loi du 20 mai 1863.

184. Si la détention doit être aussi longue, sinon plus longue que précédemment, la solution préconisée par M. de Ramel n'est plus un remède efficace et ce qu'il faut rechercher alors, c'est le moyen de couper le mal dans sa racine en limitant complètement, totalement la durée de la détention préventive. Le projet du nouveau Code d'instruction criminelle de 1879 s'en était déjà préoccupé et, pour ce faire, posait le principe que les mandats de dépôt ou d'arrêt ne pouvaient avoir qu'une durée restreinte limitée.

D'après le projet voté par le Sénat, la durée du mandat de dépôt ne peut excéder 15 jours, délai que la commission de la Chambre a même proposé de réduire à 10 jours. La durée du mandat d'arrêt, sauf quand il est décerné par la chambre des mises en accusation, n'est valable que pour 30 jours. Ces deux

mandats peuvent être renouvelés par ordonnance du juge d'instruction pour une période égale, sauf recours de l'inculpé devant la Chambre du conseil. Pour le mandat d'arrêt, l'ordonnance de renouvellement doit toujours être motivée et il peut être renouvelé indéfiniment ; quand au mandat de dépôt, il ne peut l'être qu'une seule fois, à défaut de quoi l'inculpé est remis en liberté le lendemain matin du jour où ils sont expirés.

185. Cette réforme mériterait d'être complétée. Certaines législations européennes sont allées beaucoup plus loin et, dans bien des cas, pourraient servir de modèles aux projets du législateur français. A ce point de vue, la loi belge du 20 avril 1874 est une des plus libérales, dont on a pu dire avec raison que « sans désarmer la sécurité sociale, sans méconnaître les nécessités de la répression, elle accorde à la liberté individuelle des garanties inconnues chez la plupart des peuples modernes » (1).

Cette loi, en enlevant au mandat d'arrêt son caractère d'irrévocabilité, supprime le mandat de dépôt et, pour entourer la privation de la liberté de toutes les garanties, fait intervenir la chambre du conseil pour statuer, après débats contradictoires, sur le maintien du mandat d'arrêt décerné par le juge d'instruction. « Le mandat d'arrêt, déclare l'article 4 de la loi, ne sera pas maintenu si, dans les 5 jours de l'interrogatoire, il n'est pas confirmé par la cham-

(1) Rapport fait au nom de la commission par M. Thonissen à la séance du 25 juin 1873. — V. Annuaire de législation étrangère, année 1875.

bre du conseil sur le rapport du juge d'instruction, le procureur du roi et l'inculpé entendus. »

Non seulement la loi belge s'est préoccupée de supprimer la détention préventive quand elle n'était pas une nécessité, mais encore elle désire ne pas la voir se prolonger outre mesure, et pour cela l'article 5 porte : « Si l'instruction n'est pas terminée dans le mois qui suit le jour de l'interrogatoire, l'inculpé sera mis en liberté, à moins que la chambre, par ordonnance motivée rendue à l'unanimité, le procureur du roi et l'inculpé ou son conseil entendus, ne déclarent que l'intérêt public exige le maintien de la détention. Il en sera ainsi de mois en mois, si la chambre du conseil n'a pas statué sur la prévention du nouveau mois. »

Cette loi de 1874 pourrait servir de type aux réformes projetées, mais à condition toutefois de lui faire subir des modifications. En France, la chambre du conseil a été supprimée dans le but d'accélérer la procédure, et il n'apparaît pas qu'il soit nécessaire de faire revivre cette ancienne institution dans notre procédure déjà si compliquée. Si l'on ne veut éterniser la durée de l'appel par plusieurs juridictions, il semblerait préférable de faire contrôler les opérations du juge d'instruction par la chambre d'accusation seule et de supprimer ainsi un antagonisme souvent fâcheux entre deux juridictions du même degré.

Il est permis, d'ailleurs, d'élever des doutes sur l'efficacité pratique qu'un tel système donnerait chez nous. Du moment que la chambre d'accusation aurait le pouvoir de renouveler chaque mois la

détention préventive, il arriverait qu'en fait elle renouvellerait purement et simplement toutes les demandes de détention que le juge d'instruction lui demandera. Ce qui autorise une semblable crainte c'est de voir la façon dont les tribunaux appliquent la loi du 20 mai 1863 en confirmant, sans débats, sur les seules conclusions du ministère public, les mandats de dépôt qu'il décerne ; et cette éventualité est d'autant plus probable que les délais très courts pendant lesquels la chambre d'accusation devrait statuer, ne lui permettraient point de recueillir d'autres renseignements que ceux que lui fournirait le juge.

186. En somme, le législateur français devrait compléter le projet de réforme de 1879 en s'inspirant des progrès réalisés par les nations étrangères, et voici la réforme que nous souhaitons.

Le mandat de dépôt serait limité à la durée de 10 jours que lui a fixée la commission de la Chambre. Le mandat d'arrêt ne serait en principe valable que pour un mois et, de même que dans la législation belge, il ne serait maintenu que s'il a été confirmé dans les 5 jours de l'interrogatoire par la chambre d'accusation.

Dans les espèces où les difficultés de l'instruction rendraient obligatoire le renouvellement du mandat d'arrêt, il pourrait être renouvelé par la chambre des mises en accusation, mais, au lieu de l'être indéfiniment, comme l'admettent la loi belge et le projet français de 1879, le législateur fixerait un délai maximum qui ne pourrait pas être dépassé. A l'encontre de la loi belge, il ne serait pas nécessaire que

ce renouvellement du mandat d'arrêt ait lieu à l'unanimité, car il peut alors suffire qu'un seul magistrat ne se rende pas exactement compte de l'affaire ou se laisse entraîner par quelque raisonnement étranger à la cause, pour relâcher un individu peut-être dangereux.

Seulement, le point capital de la réforme consisterait à fixer le temps maximum après lequel le mandat d'arrêt ne sera plus renouvelable. Or, sur ce point, on se heurte à une double difficulté : permettre au magistrat de faire aboutir son instruction, tout en sauvegardant la liberté individuelle du détenu. Cependant, des législations étrangères ont déjà limité la durée de la détention préventive, et les résultats que la pratique de cette mesure a fournis chez elles pourraient être pour nous d'un enseignement précieux.

La question n'est pas nouvelle, car l'on rencontre une disposition du Code Théodosien d'après laquelle l'inculpé devait être relâché lorsque, après un an d'incarcération préalable, l'information n'avait pas abouti (1). De même, sans parler de la coutume féodale qui consistait à relâcher l'inculpé lorsque après « l'an et jour » on n'avait pas provoqué la poursuite de la victime ou forcé le détenu à accepter « l'enqueste du païs », on peut voir que plusieurs législations modernes n'ont pas hésité à inscrire cette mesure dans leurs Codes. L'article 190 du Code d'instruction criminelle autrichien déclare qu'en principe la détention préventive ne pourra pas être

(1) Code Théodosien, l. 6 § 2. De cust. reor.

prolongée au-delà de deux mois; « cependant, exceptionnellement, elle pourra, sur la proposition du ministère public ou du juge d'instruction être maintenue pendant trois mois au plus à dater du jour où elle aura commencé, par la Cour de seconde instance, s'il y a des motifs graves et si l'instruction exige de grandes recherches ». Le Code espagnol, article 405, fixe aussi la durée de la détention préventive à trois mois, et le Code du canton de Neuchâtel du 7 avril 1875, modifié en 1889, articles 62 et 63, limite encore la durée de l'incarcération préalable à trois mois au plus.

Il faut souhaiter de voir adopter une semblable disposition par le législateur français, qui réaliserait cette mesure en autorisant la chambre d'accusation à renouveler deux fois, mais deux fois seulement, un mandat d'arrêt valable pour un mois. Il est certain que ce laps de temps est suffisant pour mener à bien une instruction parce que les moyens d'information se perfectionnent de plus en plus et que, grâce à la rapidité des communications et des renseignements, grâce aussi à la découverte des services de l'anthropométrie, le magistrat instructeur possède des facilités d'investigation inconnues jusqu'à ce jour.

Cette garantie nouvelle accordée à la liberté individuelle devrait réunir d'autant plus facilement les suffrages du législateur que des innovations précédentes ont préparé la réforme et acheminé progressivement l'esprit public vers cette amélioration. On trouve dans les lois de ces dernières années une série de mesures qui protègent l'individu contre les rigueurs d'une incarcération prolongée en mettant

un terme fixe à sa détention préventive. La loi du 20 mai 1863 a limité la validité du mandat de dépôt décerné par le procureur de la République, en cas de flagrant délit, et ne le maintient qu'à la condition qu'il fasse comparaître l'inculpé devant le tribunal *le jour même* ou, au plus tard, à l'audience du *lendemain*. La loi du 14 juillet 1865, en introduisant dans notre procédure la liberté provisoire de droit après *cinq jours* au bénéfice de l'inculpé réunissant certaines conditions, a ainsi nettement indiqué la voie à suivre. Enfin, la loi du 8 décembre 1897, en décidant que l'arrestation sous mandat d'amener ne serait valable que pour *24 heures* et surtout en limitant à *20 jours* au maximum, quel que soit l'état de l'information, la durée de la mise au secret, a semblé indiquer pour l'avenir la réforme qui s'impose au législateur.

Cette modification de notre procédure criminelle est nécessaire. Chaque jour la pratique des juridictions d'instruction ou de jugement signale les inconvénients de laisser illimitée la durée de l'incarcération préalable. Ce serait la fin des instructions prolongées pendant des mois et des années, et l'on ne verrait plus des jurys, au risque d'un scandale, acquitter les accusés pour simplement leur tenir compte des souffrances endurées pendant une interminable détention (1).

(1) V. Arrêt de la Cour d'assises de l'Hérault du 8 février 1903, affaire des Arabes de Margueritte, dont sur 120 accusés, 80 environ ont été acquittés après deux ans de détention préventive.

BIBLIOGRAPHIE

Ayrault. — Institutions judiciaires.

Barbier. — Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et des délits de publication, avec supplément. (Paris, 1895.)

Barrot Odilon. — Plaidoyer pour Armand Carrel (1832).

Beaumanoir. — Livre de jostice et de plet.

Bentham. — Traité de législation civile et pénale.

Bérenger. — La justice criminelle en France.

Bertauld. — Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle. (Paris, 1873.)

Bertrand. — De la détention préventive en France et en Angleterre.

Binos. — Les Ordalies. (Limoges, 1902)

Blanche. — Etude pratique sur le Code pénal. (Paris, 1861.)

Boitard. — Leçons de droit criminel recueillies par Gustave de Linage. (Paris, 1880.)

Bonneville de Marsangy. — De l'amélioration de la loi criminelle. (Paris, 1864)

Bourguignon. — Manuel d'instruction criminelle. (Paris, 1810.)

Bouteiller. — La somme rurale ou le grand coutumier général de practique civile et canon.

Brayer. — Dictionnaire général de police administrative et judiciaire.

Brégeault et Albanel. — Commentaire de la loi du 8 décembre 1897. *Lois nouvelles*, 1898.

Capitant. — Des moyens de remédier aux inconvénients de la détention préventive. (Grenoble, 1893.)

Carnot. — Traité d'instruction criminelle. (Paris, 1812.)
Cassarole. — Guide pratique du juge d'instruction.
Chassan. — Droit de presse. (Paris, 1837.)
Chauveau et Hélie. — Théorie du Code pénal. (Paris, 1840.)
Collin. — De la situation de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire. (Paris, 1883.)
Coulon (Henri). — L'article 10 du Code d'instruction criminelle. — Son abrogation urgente.
Cuneo. — L'arrestation et la sanction des arrestations arbitraires. (Paris, 1902.)
Dalloz. — Répertoire et supplément de législation, de doctrine et de jurisprudence.
Declareuil. — Les preuves judiciaires dans le droit Franc du Ve au VIIe siècle. (Paris, 1899.)
Delamorte-Félinies. — Manuel du juge.
Delvaille. — De la déduction de la détention préventive. (Paris, 1895.)
Dupin. — Observations sur plusieurs points de notre législation criminelle.
Dutruc. — *Journal du Ministère public.* Paris, 1871.
Duverger. — Manuel du juge d'instruction. (Paris, 1862.)
Esmein. — Histoire de la procédure criminelle en France. (Paris, 1882.)
Fabreguettes. — Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse. (Paris, 1884.)
Faustin-Hélie. — Traité de l'instruction criminelle. (Paris, 1866.)
Flamand. — De la détention préventive et de la liberté provisoire. (Paris, 1877.)
Garçon. — Code pénal annoté.
Garraud. — Traité de droit criminel français (Paris, 1898.)
Germain (Léon). — La liberté provisoire en matière criminelle. *Lois nouvelles*, 1902.
Goulé. — De la détention préventive. (Paris, 1833.)
Guillot. — Des principes du nouveau Code d'instruction criminelle. (Paris, 1884.)
Harris. — Principes of the criminel law. (7e édition, Paris, 1896.)
Jamais. — Des droits et des garanties de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire. (Paris, 1881.)

Jousse. — Traité de la justice criminelle en France (1771).

Laborde. — Cours de droit criminel. (Paris, 1898.) — Examens doctrinaux : *Lois nouvelles*, 1893 ; *Revue critique*, 1894, 1895, 1896.

Lajoye. — Une omission dans la loi du 14 juillet 1865 : *France judiciaire*, tome IV.

Larnaude. — Des garanties de la liberté individuelle : *Bulletin de la Société générale des prisons ; Revue pénitentiaire*, 1896, 1901.

Le Gravérend — Traité de législation criminelle en France. (Paris, 1830.)

Locré. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. (Paris, 1825.)

Le Poittevin. — Dictionnaire formulaire des parquets.

Malepeyre. — Code d'instruction criminelle. 4e édit. des Codes annotés de Sirey. (Paris, 1903.)

Mangin. — De l'instruction écrite et du règlement de la compétence en matière criminelle.

Marion. — Etude sur la loi du 14 juillet 1865 : *Journal du Ministère public*, 1865.

Massabiau. — Manuel du Ministère public près les Cours d'appel, les Cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police. (Paris, 1876)

Merlin. — Répertoire.

Mesnard. — De l'imputation de la détention préventive : *Lois nouvelles*, 1893.

Montesquieu. — De l'Esprit des lois. (Paris, 1475.)

Morin (Achille). — *Journal de droit criminel.* (Paris, 1870.)

Muyard de Vouglans. — Institutes au droit criminel (1757.)

Nicolle. — Des arrestations arbitraires. (Paris, 1894.)

Normand. — Traité de droit criminel. (Paris, 1896.)

Nourrisson. — De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits. (Paris, 1894)

Pandectes Françaises. — Répertoire.

Picot. — Recherches sur la mise en liberté sous caution : *Revue critique*, tome XXIII.

Sarrante. — Manuel théorique et pratique du juge d'instruction.

Serrigny. — Traité du droit public français.

Tocqueville. — Mélanges. (Paris, 1877.)

Trébutien. — Cours élémentaire de droit criminel. (Paris, 1884.)

Villey (Edouard). — Précis d'un cours de droit criminel.

Willanova et Lasserre. — De l'imputation de la détention préventive.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 5-12

HISTORIQUE

Section Première

DE LA PROCÉDURE ACCUSATOIRE

1. La poursuite privée. — **2.** Ses caractères. — **3.** Ordalies. — **4.** Procédure. — **5.** Liberté individuelle 13-16

Section II

DE LA PROCÉDURE INQUISITOIRE

6. Poursuite d'office. — **7.** L'« apprise ». — **8.** *Ordon. de Montils-les-Tours* (1498). — **9.** Procédure ordinaire. — **10.** Procédure extraordinaire. — **11.** *Ordon. de Villers-Cotterets* (1539). — **12.** Procédure de l'Instruction. — **13.** Procédure à l'audience. — **14.** Liberté provisoire. — **15.** Appréciation des contemporains. — **16.** *Ordon. de 1670.* — **17.** La procéd. — **18.** Les décrets. — **19.** Leur applicat. — **20.** Progrès relatifs du droit. — **21.** Les preuves légales. — **22.** La liberté provisoire. — **23.** La liberté individ. — **24.** Les lettres de cachet. — **25.** Mouvement d'opinion précurseur de 1789. — **26.** Déclar. des droits de l'homme. — **27.** Décret du 27 juil. 1791. — **28.** Constit. du 3 septembre 1791. — **29.** Constit. du 24 juin 1793. — **30.** La « Terreur ». — **31.** Const. de l'an III. — **32.** Code de Brum. an IV. — **33.** Loi du 29 ther. an IV. — **34.** Const. de l'an VIII. — **35.** *Code de 1808.* — **36.** Réformes postérieures favorables à la lib. indiv. — **37.** Plan 16-39

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ARRESTATION

CHAPITRE PREMIER

NATURE GÉNÉRALE DE L'ARRESTATION. — DES MANDATS

38. Définition. — **39.** Différentes sortes d'arrest. — **40.** Arrest. préventive. — **41.** Les mandats. — **42.** Le M. de *comparution*. **43.** M. *d'amener*. — **44.** Le juge a-t-il le pouvoir d'employer indistinctement l'un ou l'autre? Loi du 14 juil. 1865. — **45.** *Quid* en matière de presse ? — **46.** *Quid* pour la fraude des tabacs, allumettes, etc...? — **47.** M. de *dépôt* et *d'arrêt*. — **48.** Leurs points communs. — **49.** Peuvent-ils être décernés indifféremment l'un pour l'autre ? — **50.** Différences. — **51.** Inconvénients de la pratique des parquets 40-57

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS NÉCESSAIRES POUR LA VALIDITÉ DES MANDATS

52. Division de la matière 58

Section Première

RÈGLES DE FORMES COMMUNES AUX MANDATS

53. Enonciation et qualité du magistrat. — **54.** Désignation du prévenu. — **55.** Date. — **56.** Notification. 58-60

Section II

RÈGLES DE FORMES PARTICULIÈRES AUX MANDATS

57. Le M. de comparution doit contenir indication du lieu, jour et de l'heure où l'inculpé devra être interrogé. — **58.** Les autres mandats doivent être revêtus de la form. exécutoire. — **59** Les M. de dépôt et d'arrêt doivent contenir un ordre de dét. — **60.** Le M. d'arrêt doit mentionner les conclus. du proc. de la Rép. et être motivé en fait et en droit. — **61.** Ces formalités sont-elles applicables aux M. de dépôt et d'amener ? — **62.** Sanctions de l'inobservat. des formalités (art. 112. C. I C.). — **63.** Les sanct. de l'illégalité ne rendent pas le mandat valable. — **64.** Qui peut faire opposition?. 60-68

CHAPITRE III

DES FONCTIONNAIRES AUTORISÉS A ORDONNER OU A OPÉRER UNE ARRESTATION

Pages

65. Les officiers de police judiciaire. — **66**. Leur division. — **67**. *Le Juge d'instruction.* — **68**. Sauf pour les mandats de comparution, ce magistrat ne peut déléguer à un autre magistrat le pouvoir de décerner des mandats. — **69**. *Le procureur de la Rép.*, en certains cas, possède le droit de faire opérer une arrest. — **70**. Quand y a-t-il flagrant délit? — **71**. Condit. néces. pour que le proc. de la Rép. puisse faire opérer une arrest. — **72**. Ce droit appartient à ses officiers auxiliaires. — **73**. Nouvelles prérogatives qui lui ont été données par la loi du 20 mai 1863. — **74**. Autres autorités compétentes pour faire procéder à une arrest. — **75**. *Du droit d'arrest. entre les mains des préfets* (art. 10. C I. C.). — **76**. *Des arrest. par mesure de police.* — **77**. Des arrest. opérées par les agents de la force publique. — **78**. Des arrest. opérées par les simples particuliers. — **79**. *Des arrest. opérées par mesure purement administrative.* 69-91

CHAPITRE IV

DE L'EXÉCUTION DES MANDATS

Section Première

FORMALITÉS POUR L'EXÉCUTION DES MANDATS

80. — Séparation des pouvoirs d'instruction et de poursuite : l'exécution des mandats confiée au proc. de la Rép. — **81**. Notification. — **82**. De l'inviolabilité du domicile. — **83**. L'arrest. la nuit. — **84**. Hypothèse de l'art. 100 (C. I. C.). **85**. Obligation du porteur du M. d'amener quand l'inculpé ne peut être découvert. — **86**. Immunités 92-101

Section II

SANCTIONS DES FORMALITÉS PRESCRITES POUR L'EXÉCUTION DES MANDATS

87. Réparations accordées à la victime d'une illégalité. — **88**. A-t-elle le droit de résister *par la force* aux agents de l'autorité publique? — **89**. Droit de poursuites accordé par la jurisprudence pour des faits arbitraires. — **90**. Si l'auteur est fonctionnaire de l'autorité judiciaire ; entraves portées par l'art. 479 (C. I. C.). — **91**. Autre obstacle de la procédure

Pages

de prise à partie. — **92**. Si l'auteur est fonction. de l'autorité administrative, il excipe de l'incompét. des trib. judic. pour les actes administ. 101-112

CHAPITRE V

DES SUITES DE L'ARRESTATION

93. L'inculpé arrêté sous M. d'amener doit être interrogé dans les 24 heures. — **94**. Pendant ce délai où sera-t-il maintenu? **95**. Difficultés antérieures à la loi du 8 déc. 1897. — **96**. L'art. 2 de cette loi prescrit un local spécial dans la maison de dépôt ou d'arrêt. — **97**. Point de départ du délai de 24 heures. — **98**. Mesures de sauvegarde pour la lib. indiv. — **99**. Libération de l'inculpé non interrogé dans les délais. — **100**. Sanctions. — **101**. Cette loi ne s'applique pas au M. d'arrêt. 113-122

DEUXIÈME PARTIE

DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

CHAPITRE PREMIER

NATURE GÉNÉRALE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE
SON RÉGIME

Section Première

DÉFINITION ET RAISON D'ÊTRE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

102. Définition. — **103**. Sa nécessité. — **104**. Son emploi doit être subordonné à sa stricte nécessité. 123-127

Section II

RÉGIME DE LA PRISON PRÉVENTIVE

§ 1. *Situation matérielle des prévenus.* — **105**. Régime de faveur accordé aux prévenus. Code de 1808. — **106**. Décret du 9 avr. 1811. — **107**. Loi du 5 juin 1875. — **108**. Décret du 11 novembre 1885. — **109**. Le travail. — **110**. Les aliments. **111**. Les visites. — **112**. Le costume. — **113**. Loi du 4 février 1893. — **114**. Surveillance des maisons de dépôt ou d'arrêt. 127-134

§ 2. *Interdiction de communiquer.* — **115**. Historique. — **116**. Critique et raison d'être. — **117**. Réglementation. — **118**. Loi du 14 juill. 1865. — **119**. Loi du 8 déc. 1897. . . 134-141

CHAPITRE II

DE LA SUSPENSION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

Pages

120. Système du Code de 1808. 142-141

Section Première

MAINLEVÉE D'OFFICE DES MANDATS DE DÉPOT OU D'ARRÊT

121. Loi du 4 avril 1855 (Main levée du M. de dépôt). — **122.** Loi du 14 juillet 1865 (Mainlevée du M. d'arrêt) . . . 144-147

Section II

DES DEMANDES DE MISE EN LIBERTÉ PROVISOIRE

123. Généralités. — **124.** Historique. 147-150

TITRE I

De la mise en liberté provisoire de droit

125. Origine. — **126.** Conditions. — **127.** Caractères . . . 150-157

TITRE II

De la mise en liberté provisoire facultative

§ 1. *Généralités.* — **128.** Nature. — **129.** Formalités. — **130.** Des juridictions compétentes pour l'accorder. — **131.** Le juge d'instruction. — **132.** Le tribunal correct. — **133.** La chambre des appels correction. — **134.** La chambre des mises en accusation. — **135.** Avant la loi du 8 déc. 1897, l'arrêt de la ch. des mises en accus. mettait toujours un terme à la liberté provisoire. — **136.** La cour d'assises. — **137.** La cour de cassation. — **138.** *Quid,* si aucune juridiction n'est saisie? — **139.** Les tribunaux d'exception. — **140.** Des formalités nécessaires pour l'accorder ou la refuser. — **141.** De l'opposition ou appel . . . . . .

§ 2. *Le cautionnement.* — **142.** Définition. — **143.** Les réformes libérales. — **144.** Sa division en deux espèces. — **145.** Son objet . . . . . .

§ 3. *Fin de la liberté provisoire.* — **146.** Exécut. provisoire du jugement de relaxe. — **147.** Cas où un nouveau mandat de dépôt ou d'arrêt peut être décerné. — **148.** Juridictions compétentes pour décerner de nouveaux mandats. — **149.** Manières de mettre en détention préventive, après la clôture de l'instruction, un prévenu ou accusé laissé en liberté. . 158-187

CHAPITRE III

EXTINCTION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

Pages

150. Division des modes d'extinction. — **151**. Amnistie. — **152**. Ordonnances ou arrêts de non-lieu. — **153**. Jugements. 188-192

CHAPITRE IV

DE L'ATTÉNUATION DES EFFETS DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

154. Généralités. 193

Section Première

IMPUTATION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE SUR LA PEINE
(LOI DU 15 NOVEMBRE 1892)

1. *Fondement et historique de l'imputation. — Législations étrangères.* — **155**. Sa raison d'être. — **156**. Définition. — **157**. Objections. — **158**. Historique. — **159**. Législations étrangères. — **160**. Travaux préparatoires de la loi de 1892. 194-205

§ 2. *Modes d'opérer l'imputation de la détention préventive.* — **161**. Point de départ de la dét. prév. — **162**. Quand prend fin la dét. prév.? — **163**. Différentes manières d'en opérer l'imputation. — **164**. Des juridictions compétentes pour trancher les contestations nées de l'imputation. 206-215

§ 3. *Régime de l'imputation.* — **165**. Division de la dét. prév. — **166**. *1re période.* — **167**. Des peines susceptibles de l'imputation. — **168**. *2e période.* — **169**. Loi prévue par l'article 24 § 2 (Code Pén.) 215-222

4. *Difficultés qui peuvent s'élever dans l'application de l'imputation. — 169 bis. Quid*, lorsqu'un condamné se pourvoit en cassation et que la peine se trouve purgée par l'imputation de la dét. prév. subie ? — **170**. Peut-on imputer la dét. prév. pour un fait autre que celui qui a motivé la condamnation ? — **171**. *Quid* en cas de dét. prév. discontinues ? — **172**. Combinaison de la loi du 15 novembre 1892 avec la loi du 5 juin 1875 sur l'emprisonnement cellulaire 222-226

Section II

DES INDEMNITÉS A ACCORDER AUX VICTIMES DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

173. Raison d'être d'une indemnité. — **174**. Historique. — **175**. Travaux préparatoires et loi du 8 juin 1875. — **176**. Fondement juridique et rationnel du principe de l'indemnité. — **177**. Réfutation des objections faites au principe de l'indemnité. — **178**. Conclusion 227-244

CHAPITRE IV

RÉFORMES DONT LA LÉGISLATION ACTUELLE PARAIT SUSCEPTIBLE

Pages

179. Nécessité d'introduire des réformes dans notre Code d'Inst. Crim. — **180**. Améliorations déjà faites. — **181**. Faut-il demander, comme en Angleterre, la publicité complète de l'instruction. — **182**. Proposition de MM. G. Berry et Pourquery de Boisserin. — **183**. Proposition de M. de Ramel. — **184**. Projet de réformes de 1879. — **185**. Loi belge du 20 avril 1874. — **186**. Système préconisé de la limitation à trois mois de la détention préventive. . . . 245-267

BIBLIOGRAPHIE 269-271

Vu par le Président de la thèse :
A. LABORDE.

Montpellier, le 27 juillet 1903.
Vu : le Doyen,
VIGIÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 28 juillet 1903,
Le Recteur :
ANT.. BENOIST.